Schenkung und nachträgliches Entgelt.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Hans Ludwig

Gerichtsreferendar aus Zimmersrode, Bez. Kassel.

Marburg 1933.

Buchdruckerei W. Kempf, Treysa.

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 24. Juli 1933.

Berichterstatter: Geh. Justizrat Prof. Dr. A. Manigk.

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit gewidmet.

Literaturverzeichnis.

Achilles = Greif: Bürgerliches Gesetzbuch. 12. Aufl. 1927.

Burckhard: Zum Begriff der Schenkung. Festgabe für Ernst Imanuel Bekker. Erlangen 1899.

Cosack = Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 8. Aufl. 1927. 2. Bd. 7/8. Aufl. 1924.

Crome: System des Deutschen bürgerlichen Rechts. 1. u. 2. Bd. Tübingen 1900/1902.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preußens Bd. 2; 4. Aufl. bearbeitet von Raape 1915. 3. Aufl. bearb. von Engelmann 1911.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 8. Aufl. 1903. 2. Bd. 3.—5. Aufl. 1900.

Endemann = Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch. 2. Aufl. 1923.

Enneccerus, Kipp, Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 2. Abt. 12. Bearbeitung 1932 von H. Lehmann.

Fischer=Henle=Titze: Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe 14. Aufl. 1932.

Haymann: Zur Grenzziehung zwischen Schenkung und unentgeltlichen Geschäften. In Iherings Jahrbüchern für Dogm. Bd. 56. S. 86.

Heck, Philipp: Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 1929,

Hoeniger: Die gemischten Verträge in ihren Grundformen. 1910. Mannheim und Leipzig.

Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung. 6. und 7. Aufl. Bd. 1. 1910.

Jaeger: Konkursrecht. Berlin 1924.

Klein, Peter: Vertragliche Aenderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses. Wien 1907.

Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Berlin 1906.

Kommentar von Reichsgerichtsräten: 5. Aufl. 1923.

Leonhard, Franz: Besonderes Schuldrecht des bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. 2. 1931.

Liebisch, Arnold: Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendung u. s. w. Leipzig. 1927.

Loewenfeld, Th: Zur Lehre von den sog. entgeltlichen und unentgeltlichen Rechtsgeschäften. München 1877.

Mentzel: Kommentar zur Reichskonkursordnung. 4. Aufl. 1932.

Mugdam: Die gesamten Materialien zum BGB. für das deutsche Reich. Berlin 1899.

Oertmann: Entgeltliche Geschäfte. München 1912.

Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. 5. Aufl. 1910.

Petersen u. Kleinfeller: Konkursordnung für das deutsche Reich. 4. Aufl. 1900.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. herausgeg. v. Strohal 4. Aufl. 1928.

Rheinstein, Dr. Max: Die Struktur der vertraglichen Schuldverhältnisse im anglo-amerikanischen Recht 1932.

v. Seeler, Wilhelm: Glossen zur Praxis des Reichsgerichts. Halle 1908

Schreiber, Otto: In Iherings Dogm. Jahrbüchern Bd. 60. S. 174 ff.

Siber, Heinrich: In Iherings Dogm. Jahrb. Bd. 70. S. 254 ff.

Simson, Walter: Der Begriff des Entgelts. Diss. Halle 1909.

Staudinger: Kommentar zum BGB. Bd. 1. 2. Teil. Bearb. von Kober und Nipperdey. 9. Aufl. 1928

v. Tuhr: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Bd. 2. Hälfte 1918.

Titze, Heinrich: Bürgerliches Recht. Recht der Schuldverhältnisse. 4. Aufl. 1932.

Entscheidungssammlungen und Zeitschriften:

Deutsche Juristen Zeitung.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen der Oberlandesgerichte.
Entscheidungen des Reichsfinanzhofes.
Das Recht.
Juristische Wochenschrift.

Gliederung.

I. Kapitel: **Die Bedeutung der Frage.**

§ 1. Der Begriff des „nachträglichen Entgelts," — wenn als Schenkung anzusehen, den Vorschriften des § 516 BGB unterworfen — Folgen.

§ 2. Mehrere Entscheidungen des Reichsgerichts über die Frage nachträgliche Entlohnung ursprünglich unentgeltlich geleisteter Dienste. — Der Gegensatz in der Literatur.

II. Kapitel: **Ist das nachträgliche Entgelt als Schenkung anzusehen?**

A. Begriff und Wesen der Schenkung.

1. Die Schenkung als Unterart der unentgeltlichen Zuwendung.

§ 3 a) Die Legaldefinition des § 516 BGB. Zuwendung — aus dem Vermögen des Schenkers — Bereicherung des Beschenkten.

§ 4. Einigung über die Unentgeltlichkeit.

b) Hier nur zweifelhaft die Frage der Unentgeltlichkeit.

III. Kapitel: **Begriff der Unentgeltlichkeit.**

§ 5. a) Unentgeltlichkeit ist das Fehlen eines Entgelts, daher der Begriff des Entgeltes zu untersuchen.—

b) Leistung und Gegenleistung — Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung.

§ 6. c) Gegenleistung und Auflage.

§ 7. d) Entgeltlichkeit bezeichnet die Art der Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung. — Entweder genügen wirtschaftliche Beziehungen oder rechtliche Verknüpfung zu fordern.

e) Die Forderung nach synallagamatischer Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung.

§ 8. f) Schreibers Lehre vom wirtschaftlichen Entgeltbegriff.

§ 9. g) Der Entgeltbegriff Oertmanns.

Wenn das nachträgliche Entgelt als Gegenleistung anzusehen ist, dann kann es nicht Schenkung sein.

§ 10. Entgeltlichkeit der Erfüllunghandlung.

IV. Kapitel: **Das nachträgliche Entgelt als Gegenleistung.**

§ 11. Es genügen nicht moralische oder andere außerrechtliche Gesichtspunkte, die zwischen der Leistung des Schenkers und dem Entgelt von den Parteien als erheblich angesehen werden, um diesem den Charakter einer Gegenleistung zu geben.

a) solche Beziehungen als Motiv des Entgeltes machen es zur belohnenden Schenkung. — Begriff der remuneratorischen Schenkung.

b) Die belohnende Schenkung ist Schenkung. — reine Schenkung — Anstands- und Pflichtschenkung des § 534 BGB.?

§ 12. Es genügt nicht die einseitige Bezugnahme einer Partei auf die vorhergehende Leistung.

a) In diesem Fall keine Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit, also keine Schenkung.

b) Aber unentgeltliches Geschäft. — Eine Verknüpfung mit der vorhergehenden Leistung kann nicht vorgenommen werden, da hier noch Vertrag über die Unentgeltlichkeit besteht. — Es fehlt dem Entgelt am Rechtsgrund.

§ 13. Durch Vertrag kann die Causa der vorhergehenden Zuwendung aufgehoben und durch eine neue ersetzt werden.

a) Die Vertreter der Gegenansicht bringen für ihre abweichende Ansicht keine Begründung.

b) Auch ein in der Vergangenheit abgeschlossenes Geschäft ist dem Einfluß der Parteien nicht entzogen.

§ 14. Das angenommene nachträgliche Entgelt ist wahrhaftes Entgelt.

a) Das Angebot eines Entgelts ist Vertragsangebot auf Aufhebung des ursprünglichen Schenkungsvertrages und Abschluß eines neuen entgeltlichen Vertrages, bei dem die ursprüngliche Schenkung als vorweggenommene Erfüllungshandlung bestehen bleibt.

b) Mit der Annahme kommt der Vertrag zustande. — Annahme auch nach § 151 BGB. —

I. Kapitel.

Wenn „Schenkung und nachträgliches Entgelt“ im Hinblick auf gewisse Tatbestände des Rechtslebens untersucht werden sollen, so ist von vornherein der in dieser Zusammenstellung anscheinend liegende Widerspruch aufzuklären.

Die Schenkung ist der Haupttyp der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte. Wenn zur Schenkung nachträglich ein ‚Entgeld‘ tritt, so muß entweder in diesem Zeitpunkt die „Schenkung“ als solche aufgehoben sein oder in Wahrheit kein Entgelt vorliegen.

Aber was hier unter „nachträglichem Entgelt“ zu verstehen ist, bedarf der Untersuchung. Es ist offenbar eine Leistung, die zu einer unentgeltlichen Leistung als nachträgliche Gegenleistung hinzutritt.

Für die Rechtsnatur dieses nachträglichen „Entgelts“ bestehen zwei Möglichkeiten:

1. Es handelt sich um eine selbständige Leistung, die zu der vorangegangenen unentgeltlichen in keiner Beziehung steht. Dann ist sie unentgeltlich, und bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 516 BGB. wenn es sich also um eine Zuwendung handelt, durch die der Empfänger aus dem Vermögen des Zuwenders bereichert wird, und die Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig sind, wiederum als Schenkung zu betrachten. Oder:

2. das nachträgliche Entgelt ist als Gegenleistung für das früher als „Schenkung“ Empfangene anzusehen. Es handelt sich dann um ein wahrhaftes Entgelt.

Im ersten Falle bleibt die vorhergehende unentgeltliche Leistung durch das „nachträgliche Entgelt“ offenbar unberührt, es bestehen zwei Schenkungen nebeneinander. Das Versprechen eines nachträglichen Entgeltes ist ein Schenkungsversprechen und als solches der Form des § 518 BGB., nämlich der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, bedürftig.

Im zweiten Falle dagegen kann das Versprechen eines nachträglichen Entgeltes formfrei erfolgen. Die vorhergehende Schenkung wird vertragsmäßig aufgehoben. Durch das Vorhandensein eines Entgeltes für eine Leistung ist diese Leistung als entgeltlich gekennzeichnet.

Ob die Schenkung in ihrem Charakter durch das Hinzukommen eines nachträglichen Entgeltes geändert werden kann, und wie das zu geschehen hat, das sind die zu untersuchenden Fragen.

Wir wollen im Anschluß an die Rechtsprechung von folgendem Fall ausgehen:

Die verarmte Gräfin X hat in Zeiten, in denen sie noch materiell besser gestellt war, in jedem Jahre dem Kinderheim ihrer Vaterstadt einen größeren Posten Kinderwäsche und Strickkleidchen und ähnliches zukommen lassen. Infolge Währungszerfalles ist ihr Vermögen, das bei Privatbanken angelegt war, bis auf ganz geringe Reste zusammengeschmolzen. Sie hat kaum noch soviel, sich selbst am Leben zu erhalten. Sie läßt es sich aber trotzdem nicht nehmen, jedes Jahr ihre Schenkungen noch fortzusetzen. Da sie die Waren nicht mehr kaufen kann, stellt sie sie durch Handarbeit selbst her. Die Leitung des Kinderheims kann die Geschenke nicht ablehnen, ohne die Gräfin zu beleidigen. Nachdem wieder einmal ein solches Geschenk eingegangen ist, entschließt sich die Leitung des Kinderheims jedoch, der Gräfin eine Geldsumme anzubieten. Die Gräfin erklärt sich damit einverstanden.

Hier entsteht die Frage, als was ist dieses Versprechen der Leitung des Kinderheims anzusehen? Wenn es sich um ein Schenkungsversprechen handelt, so ist dasselbe nach § 518 BGB solange ohne rechtliche Wirksamkeit, als es nicht gerichtlich oder notariell beurkundet, oder aber ausgeführt ist. Eine Beurkundung dürfte nach Lage des Falles von den Parteien kaum vorgenommen werden. Die Gräfin hätte jedenfalls kein Mittel, um auf Grund des Versprechens gegen das Kinderheim vorzugehen. Eine Leistung des Kinderheims könnte wirksam nur durch Vornahme erfolgen. (§ 518 Abs. 2 BGB).

Wenn man dagegen das Versprechen der Zahlung als das Versprechen einer Gegenleistung ansieht, dann ist es auch formlos gültig, mit der Folge, daß die Gräfin auf Grund des Versprechens das Kinderheim in Anspruch nehmen kann.

§ 2.

Es handelt sich hier nicht um Fälle, die im täglichen Leben selten vorkommen; das Reichsgericht hat sich vielmehr schon öfters mit der hier auftauchenden Rechtsfrage befassen müssen.

Am 22. Nov. 1909 lag dem IV. Zivilsenat des Reichsgerichts folgender Fall zur Entscheidung vor:[1])

Der Kläger hatte der Beklagten nach dem im Jahre 1902 erfolgten Tode ihres Ehemannes verschiedene Dienste geleistet, namentlich Beratung in Rechtsangelegenheiten. Der Kläger hatte diese Dienste unentgeltlich geleistet, da er die Absicht hatte, die Beklagte zu heiraten. Da sich aber diese Pläne nicht verwirklichen ließen, hatte ihm die Beklagte dann mehrere Male versprochen, ihm eine Vergütung für seine Bemühungen zu zahlen. Der Kläger hatte dieses Versprechen angenommen und klagt nun auf Zahlung der angeblich vereinbarten Summen.

Das Reichsgericht führt hierzu aus, daß es sich zunächst um einen Auftrag gehandelt habe. Dann sei nachträglich eine Vergütung versprochen worden, die keinesfalls als Schenkung anzusehen sei. Zwar wird die Frage, ob es in der Macht der Parteien stehe, eine einmal erfolgte Schenkung nachträglich in einen Dienst- oder Werkvertrag zu verwandeln, offengelassen, aber es wird ausgeführt, die Annahme einer Schenkung scheitere am Fehlen der Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung. Die Beklagte habe mit ihrem Versprechen nicht dem Kläger einen Dank erweisen, sondern ihn „bezahlen" wollen, und der Kläger habe das Versprechen auch in diesem Sinne angenommen.

Ob es sich damit um eine entgeltliche Leistung handelt, entscheidet das Reichsgericht nicht.

Derselbe Senat hatte am 30. Nov. 1910 folgenden Fall zu entscheiden:[2])

Die Klägerin war Ehefrau des Grubenbesitzers v. B. Für die Grube v. B's. hatte der Beklagte die Bestellung einer größeren Maschinenanlage vermittelt. Dabei war offenbar das Geschäft nur durch Vermittlung der Klägerin, die seine Schwester war, zustande gekommen. Er stellte seiner Schwester einen Schein aus, worin er sich verpflichtete, ihr die Hälfte des Betrages auszuzahlen, den er für seine Vermittlungstätigkeit

---

[1]) RGZ. Bd. 72 S. 188.
[2]) RGZ. Bd. 74 S. 139.

von der Maschinenfabrik B als Provision erhalten würde. Die Klägerin klagte nun, nachdem dem Beklagten ein namhafter Betrag an Provision ausgezahlt worden war, die Hälfte dieses Betrages ein und stützte ihre Klage auf das schriftliche Versprechen des Angeklagten. Der Beklagte verweigerte die Zahlung, da es sich bei dem Versprechen um ein Schenkungsversprechen handele, das mangels notarieller Form nichtig sei.

Hier hat das Reichsgericht folgendes ausgeführt: „Wenn der Lauf der Dinge ergeben hätte, daß die Unterstützung des Beklagten durch die Dienste der Klägerin ganz wesentlich und vielleicht ausschlaggebend für den glücklichen Erfolg war, oder wenn die Schwester erst nachträglich von der Höhe der ihrem Bruder zufließenden Provision Kenntnis erhalten, und wenn sie dann den Rechtsanspruch erhob, daraus für ihre Dienste ebenfalls vergütet zu werden, und wenn daraufhin der Beklagte, ohne dabei zu erklären, daß er einen Rechtsanspruch nicht anerkenne, aber aus Dankbakrei seiner Schwester eine Zuwendung machen wolle, den Schein ausstellte, dann kann von der zu einer Schenkung erforderlichen Einigung nicht die Rede sein. Ebenso liegt die Sache, wenn der Beklagte freiwillig, von der Rechtsmeinung ausgehend, daß der Schwester eine Vergütung für ihre Dienste zukomme, die Verpflichtung der Urkunde eingegangen ist, um ihr damit ein Entgelt für ihren Dienst zukommen zu lassen."

Auch hier hat das Reichsgericht die Frage nicht entschieden, ob das als „Entgelt" freiwillig gegebene oder versprochene tatsächlich ein Entgelt darstellt, sondern beschränkt sich darauf, festzustellen, daß es keine Schenkung ist.

Es sei ferner der Fall angeführt, der dem IV. Zivilsenat des Reichsgerichts am 11. Januar 1906 zur Entscheidung vorlag: [3])

Die Ehefrau des Klägers hatte vor ihrer Heirat mit dem Kläger bei dem Beklagten in Dienst gestanden und hatte mit ihm ein Verhältnis unterhalten, das nicht ohne Folgen blieb. Als verheirateter Mann scheute der Beklagte das Bekanntwerden seiner Verfehlungen und versprach ihr für den Fall, daß sie den Kläger heirate, eine Aussteuer und einen jährlichen Unterhaltungsbeitrag von 300 Mark für das zu erwartende Kind. Der Kläger behauptet, daß außerdem der Be-

[3]) RGZ. Bd. 62 S. 273.

klagte auch ihm selbst eine Mitgift von 3000 Mark für das Kind versprochen habe, wenn er die Kindesmutter heirate.

Auch hier hat das Reichsgericht eine Schenkung nicht angenommen:

„Mag der Kläger immerhin eine verbindliche Verpflichtung zur Heirat nicht eingegangen sein, keinesfalls findet dadurch die Frage nach dem zweiten Tatbestandserfordernis des § 518 BGB. Abs. 1 ihre Erledigung. Auch dann konnten vielmehr beide Teile des Willens gewesen sein, Kläger sollte, wenn er, nach ihm freibleibender Entschließung, die X heirate, dafür, daß er das tat, durch die vom Beklagten versprochene Mitgift abgegolten werden. Haben die Parteien sich in diesem Sinne geeinigt, so sind sie nicht über die Unentgeltlichkeit der versprochenen Mitgift einig gewesen, sondern ihre Vereinbarung hatte in solchem Falle gerade den entgegengesetzten Inhalt. Mochte dann bei objektiver Abwägung die vom Beklagten versprochene Zuwendung immerhin als Bereicherung des Klägers gelten können, so fehlte es doch auf der einen Seite an dem Willen sie freigebig zu gewähren und auf der anderen Seite an dem Willen, sie als eine unentgeltliche Leistung anzunehmen".

Auch hier sagt das Reichsgericht wieder nicht, ob dann, wenn die Parteien über die Entgeltlichkeit einer solchen Leistung einig sind, diese Leistung auch rechtlich als entgeltlich anzusehen ist. Es hat aber in mehreren Entscheidungen ausgesprochen und es als seine feststehende Rechtssprechung bezeichnet, daß auch für ursprünglich unentgeltliche Dienste nachträglich ein Entgelt ausgemacht werden kann.[4]) Ebenso hat der Reichsfinanzhof sich auf diesen Standpunkt gestellt. In Bd. 8 der Sammlung seiner Entscheidungen heißt es auf Seite 146:

„Selbst wenn Dienste anfänglich und zunächst unentgeltlich geleistet worden wären, so wäre es nicht grundsätzlich ausgeschlossen, nachträglich bewilligtes Entgelt für solche geleisteten Dienste als vertragsmäßige Entschädigung im Gegensatz zur belohnenden Schenkung aufzufassen, wenn und soweit der ernstliche Wille der Beteiligten auf Dienstentschädigung und nicht auf Unentgeltlichkeit gerichtet war und die Gegenleistung eine entsprechende war."

Grundsätzlich steht also das Reichsgericht auf dem Standpunkt, daß es möglich ist, für „unentgeltliche" Leistungen ein Entgelt zu geben, und daß die ursprünglich unentgeltliche Lei-

[4]) RGZ. Bd. 72 S. 192; Bd. 75 S. 327.
Seuff. Arch. 74 S. 294. Nr. 166.

stung nachträglich in eine entgeltliche Leistung umgewandelt werden kann.

Das Schrifttum hat sich mit dieser Auffassung des Reichsgerichts auseinandergesetzt und ihr in den weitaus meisten Fällen zugestimmt. So Oertmann,[5]) Planck,[6]) Franz Leonhard[7]) Jaeger[8]) Mentzel,[9]) Petersen-Kleinfeller[10]) u. a.

Es fehlt aber auf der anderen Seite nicht an Stimmen, die mit Entschiedenheit erklären, daß es unmöglich sei, die nachträgliche Leistung als Entgelt anzusehen, da die Natur der in der Vergangenheit abgeschlossenen Schenkung nicht mehr durch Parteiwillen geändert werden könne. Hauptsächlich wird diese Meinung vom „Komentar von Reichsgerichtsräten" vertreten, was im Hinblick auf die Stellung der Autoren besonders erheblich ist. Außerdem wird diese Ansicht noch geteilt von Staudinger[11]) und von Tuhr.[12])

Es bestehen also zwei ganz entgegengesetzte Lehren. In Anbetracht der Wichtigkeit dieser Fragen der manigfachen und weitgehenden Folgen, die die Beantwortung der Frage nach der Rechtsnatur des nachträglichen Entgeltes nach sich zieht, ist es angezeigt, die Frage grundsätzlich zu prüfen. Wir werden dabei so vorgehen müssen, daß wir zunächst untersuchen, ob die nachträgliche Gegenleistung als Schenkung anzusehen ist. Wenn wir das bejahen, dann ist die Frage nach der Rechtsnatur des nachträglichen Entgelts beantwortet. Kommen wir aber zur Verneinung, dann entsteht die Frage: Ist die nachträgliche Gegenleistung ein Entgelt und wird mit dem Geben des Entgelts auch die ursprüngliche Schenkung entgeltlich?

§ 3.

Bei der Untersuchung, ob das nachträgliche Entgelt als Schenkung anzusehen sei, muß zuerst der Begriff der Schenkung festgelegt werden.

---

[5]) Kom. Vorbem z. 1. Titel 1. d.
[6]) zu § 516 Anm. 3.
[7]) S. 117.
[8]) zu § 32 Anm. 1:
[9]) zu § 32 Anm. c.
[10]) zu § 32 Anm. 3.
[11]) zu § 516 I. 2. c.
[12]) allgem. Teil II, 2 Anm. 177.

Das BGB. hat im § 516 Abs. 1 die Schenkung definiert. „Eine Zuwendung, durch die jemand einen anderen aus seinem Vermögen bereichert, ist Schenkung, wenn beide Teile darüber einig sind, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt.“

Danach gehört zur Schenkung eine Zuwendung. Diese Zuwendung muß aus dem Vermögen des Schenkers stammen und muß den Empfänger bereichern. Zu diesen objektiven Tatbestandsmerkmalen kommt noch der subjektive Gesichtspunkt der Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung. Mit dieser Definition sind nun aber nicht alle Zweifel beseitigt. Wenn auch den meisten gemeinrechtlichen Streitfragen der Boden entzogen worden ist, so „sprießen“, wie Dernburg sagt,[13]) „über dieser Formel von neuen Streitfragen auf“. Es kann nicht unsere Aufgabe sein, sie im Rahmen unserer Untersuchung vollständig zu behandeln, aber da wir ja zu untersuchen haben, ob das nachträgliche Entgelt als Schenkung anzusehen ist, müssen wir jedenfalls in großen Zügen dazu Stellung nehmen. Es erhebt sich zunächst die Frage: Ist das nachträgliche Entgelt überhaupt als Zuwendung aufzufassen? Um das festzustellen, müssen wir den Begriff der Zuwendung untersuchen.

Die Begriffsbestimmungen der Literatur lassen sich in drei Gruppen teilen und lauten folgendermaßen:

1. Zuwendungen sind Rechtsgeschäfte, durch die jemand auf Kosten seines Vermögens das Vermögen eines anderen bereichert.[14])
2. Zuwendungen sind erlaubte Handlungen, durch die jemand einem Andern beabsichtigterweise einen Vermögensvorteil verschafft.[15])
3. Zuwendung ist die absichtliche Verursachung und die absichtliche zum eigenen Schaden erfolgte Nichthinderung des Vorteils eines anderen.[16])

Die erste Begriffsbestimmung ist von dem Schenkungsbegriff beeinflußt. Schon ein Vergleich mit dem Wortlaut des § 516

[13]) Bürgerliches Recht II, 2 S. 117.

[14]) Regelsberger Pandekten I. s. 167. Crome I. § 74 II.; Cosack-Mitteis I. § 75 Staudinger § 516 I. 1. a. Weihrauch, Gruchots Beitr. 48. S. 232. Enneccerus I § 138, 3. zitiert bei Liebisch S. 6 Anm. 1.

[15]) Komm. v. RGR. § 516. Anm. 1.; v. Tuhr II, 2 S. 49. ohne das Merkmal der Absichtlichkeit.

[16]) Mirre Erb. St. Ges. 1922 § 3. Anm. 4.

[15]) u. [16]) zit. bei Liebisch S. 6. Anm. 2 u. 3.

genügt, um das darzutun. Damit ergibt sich die Unrichtigkeit, denn wenn die Vermögensminderung auf seiten des Gebers und die Vermögensmehrung auf seiten des Empfängers zum Begriff der Zuwendung gehörten, wäre es nicht nötig, sie noch einmal besonders hervorzuheben, wie das in § 516 BGB. geschehen ist.

Daß eine Vermögensminderung nicht zur Zuwendung erforderlich ist, ergibt sich schon aus folgendem Beispiel:

A übereignet ein geliehenes Buch an den gutgläubigen B. Hier erwirbt B Eigentum, vorausgesetzt, daß das Buch nicht gestohlen oder sonst abhandengekommen war. A dagegen erleidet keine Einbuße an seinem Vermögen, macht aber doch unbestreitbar dem B eine Zuwendung.[17]) Oder A überläßt dem B eine Sache zum Gebrauch. Auch hier fehlt es an der Vermögensminderung, und doch ist das eine Zuwendung.[18])

Ebenso verhält es sich mit der Bereicherung des Zuwendungsempfängers. Wenn ich meinem Freunde ein Buch leihe, das er sich nicht selbst angeschafft hatte, so liegt keine Bereicherung des Freundes vor, auch nicht über den Umweg der Ersparung von Ausgaben. Er erlangt aber die Möglichkeit des Gebrauchs und damit einen Vorteil. Damit liegt eine Zuwendung vor [19])

Die zweite Begriffsbestimmung stellt lediglich auf die Verschaffung eines Vermögensvorteils ab. Damit trägt sie unserer Erkenntnis, daß Vermögensminderung und Bereicherung nicht zu den bestimmenden Merkmalen des Zuwendungsbegriffes gehört, Rechnung. Sie erkennt richtig, daß es darauf ankommt, dem Empfänger irgendeinen Vorteil zu verschaffen, verlangt aber, daß es sich um einen Vermögensvorteil handelt.

Dadurch unterscheidet sie sich von der dritten Begriffsbestimmung, die auch die Verschaffung eines Vorteils, der nicht Vermögensvorteil ist, für ausreichend erklärt.

Zum Beweis der Richtigkeit der letzteren Begriffsbestimmung führt Liebisch folgendes Beispiel an:[20])

„Ein Opernsänger entdeckt eine stimmliche Anlage ungewöhnlicher Art bei einem in ärmlichen Verhältnissen lebenden jungen Mann, der weder von den in ihm schlummernden

---

[17]) Haymann in Iherings Jahrb. 77 S. 243 ff.
[18]) v. Tuhr II, 2 S. 53
[19]) Liebisch S. 11.
[20]) Liebisch S. 15.

Kräften etwas weiß, noch auch die Mittel zu der erforderlichen Ausbildung hätte. Der Sänger übernimmt unentgeltlich die Ausbildung des jungen Mannes, die diesem unter den obwaltenden Umständen sonst versagt geblieben wäre, verpflichtet ihn aber, da er seine glänzende Laufbahn voraussieht, einen namhaften Betrag an die Pensionskasse eines bestimmten Theaters zu zahlen, sobald er ein gewisses Einkommen als Künstler erlangt habe." Hier kann der § 330 S. 2 BGB. ohne weiteres zu gunsten der Kasse angewandt werden. Hier wird bestimmt, daß, wenn dem Empfänger einer unentgeltlichen Zuwendung eine Leistung an einen Dritten auferlegt wird, dieser das Recht auf die Leistung unmittelbar erwerben soll. Der junge Sänger ist der Empfänger der Zuwendung, die Zuwendung aber besteht in dem Unterricht, der zwar die Grundlage der späteren Vermögensverbesserung ist, aber selbst keinen Vermögenswert hat. Danach ist es gerechtfertigt, auch die Verschaffung von solchen Vorteilen, die nicht Vermögensvorteile sind, unter den Zuwendungsbegriff zu fassen. [20])

Wir können daher mit Liebisch zu dem Ergebnis kommen:

„Zuwendungen sind alle erlaubten Handlungen, durch die jemand einem anderen einen Vorteil verschafft", wobei zuzugeben ist, daß die die Zuwendungen betreffenden gesetzlichen Bestimmungen fast alle gegenständliche Zuwendungen im Auge haben und sich demgemäß nur auf Vermögensvorteile beziehen. So z. B. die Vorschriften über die Schenkung. [21])

Für unsere Untersuchung ergibt sich daraus, daß ein Entgelt für eine vorhergegangene Schenkung, in welcher Form es auch gegeben wird, eine Zuwendung darstellt.

Gemäß § 516 BGB. muß diese Zuwendung aus dem Vermögen des Zuwendenden gemacht werden, d. h. es muß eine Vermögensminderung bei ihm eintreten. Das würde nicht der Fall sein, wenn eine Erbschaft oder ein möglicher Erwerb ausgeschlagen wird, da hier nichts aus dem Vermögen, d. h. der Gesamtheit aller dem Zuwendenden zustehenden Sachen und Rechte, herausgenommen wird.

Der Vermögensminderung muß eine Bereicherung des Beschenkten gegenüberstehen. Unter Bereicherung kann nur eine Vermögensvermehrung verstanden werden. Eine Vermögensvermehrung liegt aber bei unserem nachträglichen Ent-

---

[21]) Kohler Lehrbuch II, 1 § 106 I. Hoeniger S. 164 ff. Schreiber Jhrings Jahrb. 60 S. 156, 191 zit. bei Liebisch S. 15 Anm. 28.

gelt vor. Es stellt zwar nur einen Gegenwert dar für die aus dem Vermögen des Entgeltempfängers stammende Schenkung und füllt damit nur den Platz aus, den der als Schenkung weggegebene Teil des Vermögens vorher innehatte, aber das Vermögen des Entgeltempfängers muß in dem Zeitpunkt betrachtet werden, in dem das Entgelt gegeben wird. Darum ist die Schenkung schon aus dem Vermögen herausgezogen, und durch das Hinzukommen des nachträglichen Entgelts tritt eine Vermehrung des Vermögens ein.

§ 4.

Eine Zuwendung, die diesen genannten Erfordernissen entspricht, wird zur Schenkung, wenn sie unentgeltlich gegeben wird und die Parteien sich über die Unentgeltlichkeit einig sind. Diese Einigung ist als ein Vertrag anzusehen. Sie schafft den Rechtsgrund für die Zuwendung, keinesfalls erschöpft sie sich in der Festsetzung der Unentgeltlichkeit. Ohne diese Einigung wäre die Zuwendung ohne Rechtsgrund erfolgt und könnte von dem Geber zurückverlangt werden. Die herrschende Meinung läßt daher die allgemeinen Vorschriften über Verträge auf die Einigung über die Unentgeltlichkeit Anwendung finden. Die Einigung muß nun nicht mit der Zuwendung zeitlich unbedingt zusammenfallen, kann vielmehr auch vor der Zuwendung nachfolgen. Dabei ist aber immer nur der erklärte Wille maßgebend und schafft bindende Verpflichtungen. Wenn A die Schulden seines Neffen B bezahlt, dann kann er, auch wenn er dem B damit eine unentgeltliche Zuwendung hat machen wollen, später seinen Willen ändern und B erklären, daß er die Zuwendung als Darlehen betrachte. Das kann er auch dann, wenn B sich schon damit einverstanden erklärt hat, daß die Zuwendung Schenkung sein solle, denn „erst der erklärte Wille bindet.“[22]) Diese Einigung über die Unentgeltlichkeit ist nicht zu verwechseln mit einer Bereicherungsabsicht.[23]) Eine solche gehört nicht zum Tatbestand der Schenkung.[24])

Wie wir sahen, ist Bereicherung gleich Vermögensvermehrung. Die Schenkung ist aber nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Geber die Absicht hat, sein eigenes Vermögen zu vermehren. Liebisch[24]) bringt den Fall, daß ein Grundstücks-

---

[22]) Liebisch S. 58.
[23]) RGZ. 70 S. 17; RGZ. 94 S. 322.
[24]) Liebisch S. 58.

spekulant einer Stadt Grundstücke schenkt, in der Hoffnung, daß dort der geplante Bahnhof gebaut wird, und damit der Wert seiner eigenen Grundstücke gesteigert wird.[25] Oder eine Pianofortefabrik schenkt einem Künstler einen Flügel in der Hoffnung, daß er in Konzerten nur noch auf ihren Instrumenten spielen werde und dadurch ihr Absatz vergrößert werde. Es muß hier immer geprüft werden, ob nicht eine diesbezügliche Verpflichtung eingegangen ist. Wenn sich die Stadt verpflichtet, den Bahnhof zu bauen, oder der Künstler, nur noch auf den Flügeln der Firma zu spielen, so liegt in Wahrheit eine Gegenleistung und damit Entgelt vor.[26]

Es kann sogar der Wille des Zuwendenden darauf gerichtet sein, dem Beschenkten zu schaden. Haymann[27] führt den Fall an, daß jemand die Schneiderrechnung einer Dame bezahlt, um deren guten Ruf zu untergraben. Auch solche Danaergeschenke sind Schenkungen. Diese Zwecke können sich mit dem Willen zur Unentgeltlichkeit vereinen.[28]

Es ist allerdings zuzugeben, daß in der Praxis meistens der Wille zur Bereicherung vorhanden ist, da der Wille der Unentgeltlichkeit zumeist auch auf die Bereicherung gerichtet ist,[29]),

Um zu prüfen, wann eine Einigung über die Unentgeltlichkeit beim nachträglichen Entgelt angenommen werden kann, und ob in diesem Falle das nachträgliche Entgelt als Schenkung anzusehen ist, müssen wir den Begriff der Entgeltlichkeit und der Unentgeltlichkeit klären. Es kann sich dabei herausstellen, daß das „nachträgliche Entgelt" ohne weiteres als Entgelt anzusehen ist, dann entfällt die Annahme der Schenkung von vornherein.

§ 5.

Wenn wir den Begriff der Unentgeltlichkeit untersuchen wollen, so müssen wir zunächst feststellen, daß es sich dabei um eine Negation handelt. „Unentgeltlich" ist das Gegenteil von „entgeltlich" und kann nicht anders begriffen werden, denn als Fehlen des Entgelts.[30] Wenn wir also den Begriff der Un-

---

[25]) vergl. Haymann Schenkung unter einer Aufl. S. 22.
[26]) Liebisch S. 59 Anm. 15.
[27]) Schenkg unser Aufl. S. 4. Anm. 2.
[28]) Liebisch S. 60.
[29]) Liebisch S. 58.
[30]) So auch Hoeninger S. 244.

entgeltlichkeit bestimmen wollen, müssen wir zunächst den Begriff des Entgelts festlegen.

Unentgeltlichkeit und Entgeltlichkeit sind logisch sich ausschließende Gegensätze. Hoeninger lehrt dagegen: „Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit sind Extreme, zwischen denen unzählige Zwischenstufen liegen; alle diese Zwischenstufen erscheinen als Kombination der extremen Tatbestandsstücke".[31]) Nach Hoeninger kann also ein Geschäft zum Teil entgeltlich sein und zum andern Teil unentgeltlich. Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit können in jedem Verhältnis gemischt sein, sodaß alle möglichen Bruchteile von Entgeltlichkeit entstehen können. Hoeninger kommt zu dieser Auffassung bei Betrachtung der gemischten Schenkung und im Hinblick darauf, daß es nicht richtig sei, „daß der dem Kauf sehr nahe stehende Fall, bei dem ein Pferd nur zu einem Zehntel unter dem Preise in Zuwendungsabsicht hergegeben wird, also zu neun Zehnteln verkauft wird, ganz gleich mit einem Fall behandelt, wird, der zur Schenkung neigt, etwa dem, daß das Pferd zu neun Zehnteln unentgeltlich hingegeben und also nur zu einem Zehntel verkauft wird."

Wenn Hoeninger in dem Fall, daß ein Pferd mit einem Werte von 100 Mk. zu einem Preise von 20 Mk. verkauft wird annehmen will, daß nur hinsichtlich des Wertteiles des Pferdes, der dem Wert von 20 Mk. gleichkommt, Entgeltlichkeit vorliegt, und hinsichtlich des anderen Wertteils Unentgeltlichkeit, so steht er auf dem Standpunkt, daß die Gegenleistung der empfangenen Leistungen unbedingt wertgleich sein müsse, um als Entgelt angesehen werden zu können.

Diese Ansicht, auf die wir unten noch zurückkommen werden, ist abzulehnen und mit ihr auch die Ansicht, daß Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit nur die Endstufen einer Entwicklung seien.

Wir gehen von der Auffassung aus: Wenn ein Entgelt festgestellt ist, dann ist das Geschäft entgeltlich, wenn ein Entgelt nicht festgestellt werden kann, ist es unentgeltlich.

Wann kann man nun ein Entgelt annehmen? Entgelt bedeutet soviel wie Vergeltung. Vergelten heißt für etwas ein anderes setzen, für etwas, was man empfangen hat, etwas wieder weggeben, und zwar an denjenigen, von dem die emp-

[31]) Hoeninger S. 170.

fangene Leistung herrührt.[32]) Entgeltlichkeit setzt danach zwei Leistungen voraus, die gegenseitig in einem bestimmten Verhältnis stehen. Wenn A dem B ein Pferd übergibt, und daraufhin B tauschweise dem A seinerseits auch ein Pferd übergibt, so ist jede Leistung entgolten, wenn jedes Pferd an die Stelle des anderen treten soll.

Es ist nun aber nicht erforderlich, daß die eine Leistung der anderen gleich oder gleichwertig sein muß, es genügt vielmehr, wenn die Parteien die Leistungen für gleich erachten. Wenn A dem B ein Pferd übereignet und B übereignet dem A dafür den Betrag von 100 Mk., so halten die Parteien ihre Leistungen für gleichwertig. Der Begriff der Entgeltlichkeit läßt sich nicht rein nach objektiven Gesichtspunkten bestimmen. Entscheidend sind subjektive Gesichtspunkte, insbesondere der Parteiwille. Es genügt nun aber nicht, daß die Leistungen gemacht werden, sie müssen auch in einem bestimmten Verhältnis zueinander stehen. Entgeltlichkeit liegt vor, wenn eine Leistung um der anderen Willen gemacht wird, wenn A dem B sein Pferd übereignet, um in den Besitz des Geldes zu kommen, und B dem A sein Geld übereignet, um in den Besitz des Pferdes zu kommen. Das ist die Sachlage beim gegenseitigen Vertrage.

Unter gegenseitigem Vertrag versteht man einen Vertrag, bei dem eine Leistung um der anderen Willen versprochen wird. Es kommt also auf die Beweggründe, aus denen heraus die Leistung versprochen wird, an. Die Parteien wollen einen Austausch ihrer Leistungen herbeiführen, oder, wie Heck sagt:[32a])

Die „Interessenlage" ist beim gegenseitigen Vertrag dadurch gekennzeichnet, „daß die beiden Leistungsverpflichtungen in einem Kausalzusammenhang, einem Austauschzusammenhang stehen, daß die Leistung des einen Teils das Entgelt für die Leistung des anderen bildet. Jeder der Kontrahenten will selbst nur leisten, um die Leistungen des anderen zu erhalten. 'Do, ut des!' Durch das Opfer, das seine Leistung ihm auferlegt, bezweckt er den Erfolg, daß ihm die Gegenleistung zuteil wird." Dieser Austauschzusammenhang, dieses „do, ut des" gibt den gegenseitigen Verträgen ihr Gepräge. Er

---

[32]) Loewenfeld S. 1.

[32a]) Heck Schuldrecht S. 126 ff. dazu jüngst Manigk. Oesterreich. Zentralblatt f. d. jurist. Praxis 51 (1933) S. 77 ff.

bewirkt, daß die Rechte und Pflichten der Parteien voneinander abhängig sind, sodaß im Zweifel die Leistung nur Zug um Zug gegen Bewirkung der Gegenleistung gefordert werden kann. Dieser Zusammenhang bewirkt weiter, daß, wenn die Leistungspflicht einer Partei infolge eines Entstehungsmangels wegfällt oder sich mindert, auch der Gegner ganz oder teilweise befreit wird.[32a] Im Pandektenrecht wurde daher gemäß D 50, 16, 19 bezeichnend von Synallagma gesprochen. Hauptfall war immer schon der Kauf. Wenn A von B eine Sache kauft, will A diese Sache, und B will den Kaufpreis erlangen. Jede Partei will ihre Leistung mit der Gegenleistung austauschen. Dem trägt das BGB in § 433 Rechnung, wenn es bestimmt: „Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und ihm das Eigentum an der Sache zu verschaffen. . . . ., Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen".

Es kommt nicht darauf an, ob die Gegenleistung der Leistung gleichwertig ist. In der Literatur wurde freilich früher hinsichtlich der Wertverhältnisse von Leistung und Gegenleistung eine objektive Aequivalenztheorie vertreten, die Gleichwertigkeit forderte.[32b] Für das geltende Recht ist sie nicht mehr haltbar. Es besteht Vertragsfreiheit. Selbst in dem Falle, daß bei einem unentgeltlichen Geschäft Leistung und Gegenleistung „in auffälligem Mißverhältnis" stehen, ist nach § 138 BGB. das Geschäft als wucherisch und damit nichtig nur dann anzusehen, wenn eine „Ausbeutung der Notlage oder der Unerfahrenheit" dazukommt.[33] Objektives Mißverhältnis der beiden Werte zueinander berührt nicht das Wesen des gegenseitigen Vertrages.

Wenn nun aber auch eine objektive Gleichwertigkeit heute nicht mehr gefordert wird, so wird doch immer noch der Standpunkt einer subjektiven Gleichwertigkeitstheorie vertreten. Hier wird gefordert, daß Leistung und Gegenleistung wenigstens nach der Meinung der Parteien gleichwertig sind. Iherig[34] forderte, wenn auch nicht als juristisch wesentlich, so doch hinsichtlich des psychischen Motivs der Parteien, daß jede Partei die Vorstellung habe, eine höherwertige Leistung zu erhalten, als ihre eigene Leistung. „Die psychologisch unabweisbare Bedingung des Vorgangs bei den entgeltlichen Geschäften ist die

---

32b) Simson Begriff S. 24.
33) Oertmann Entgeltl. Gesch. S. 47.
34) Zweck im Recht Bd. 1. S. 121.

Ueberzeugung beider Teile, daß das, was jeder erhält, ihm wertvoller ist, als das, was er gibt, jeder sucht nicht bloß zu gewinnen, sondern er ist überzeugt, daß er gewinne — ohne diese Voraussetzung, sei sie auch objektiv nicht zutreffend, kann kein Austausch zustande kommen." Aehnlich verlangt Cosack[35]) daß die Parteien der Meinung seien, ihre Vermögensverluste würden durch die Gegenleistung mindestens ausgeglichen. Diese Auffassung zieht nur Bestimmung der Gegenleistung die Beweggründe der Parteien mit heran.[36]) Der Beweggrund, der die Parteien zum Erwerb der Gegenleistung veranlaßt, ist aber auf den Charakter des entgeltlichen Geschäfts ohne Einfluß. Wenn ich für eine Sache aus reiner Liebhaberei einen Preis bezahle, der den Wert der Sache wie ich genau weiß, weit übersteigt, nur um den Gegner zum Verkaufe anzureizen, so ist und bleibt diese meine Leistung Gegenleistung, und das Geschäft ein entgeltliches.

Es kann also nicht gefordert werden, daß das Geschäft spekulativen Charakter habe.[37]) Aber auch die subjektive Aequivalenztheorie fordert zuviel. Ebensowenig, wie die Vorstellung von der Höherwertigkeit der Gegenleistung, gehört die Vorstellung von ihrer Gleichwertigkeit zu den Begriffserfordernissen der Entgeltlichkeit.[38]) Das dürfte mit unserem Beispiel bewiesen sein.

Eine von Oertmann als Wesentlichkeitstheorie bezeichnete Auffassung wird von Simson a. a. O. S. 19) vertreten. Simson lehnt zwar die Aequivalenztheorien ab, erkennt aber an, daß in ihnen ein „richtiger Kern" stecke, „nämlich eine gewisse Gleichheit der Verpflichtungen ist in der Tat das, was für das entgeltliche Rechtsgeschäft charakteristisch ist. Diese Gleichheit ist eben nicht eine Gleichheit des Wertes, sondern die Gleichheit der durch das entgeltliche Rechtsgeschäft festgesetzten Verpflichtungen ist eine Gleichheit der logischen Bedeutung nach und besteht darin, daß beide Verpflichtungen für das Schuldverhältnis gleich wesentlich sind." Aber die Unterscheidung, welche Teile als wesentlich oder unwesentlich anzusehen sind, führt so weit und ist so unsicher, daß danach eine Grenzziehung zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Ge-

---

[35]) Bürgerl. Recht I § 52 c.
[36]) Oertmann Entgeltl. Gesch. S. 48.
[37]) S. Haymann S. 15.
[38]) Oermann S. 49. Eentgeltl. Gesch.

schäft nicht vorgenommen werden kann. Danach sind die Aequivalenztheorien in jeder Form abzulehnen.

So sieht denn auch die moderne Doktrin davon ab, irgendwelche Forderungen für den Wert der Gegenleistung aufzustellen. Ihr genügt für die Annahme der Entgeltlichkeit, daß sich Leistung und Gegenleistung gegenüberstehen, daß Wert und Gegenwert ausgetauscht werden, ohne daß sie notwendig gleichwertig zu sein brauchen. Es ist dabei nicht einmal erforderlich, daß die Gegenleistung eine geldwerte Leistung darstellt. Die Unentgeltlichkeit ist auch nicht vorhanden, wenn z. B. der Empfänger der Leistung die Verpflichtung eingeht, den Namen des Zuwendenden zu führen, oder wenn die uneheliche Mutter ihre Einwilligung zur Adoption ihres Kindes durch den Zuwendenden erteilt. [39])

§ 6.

Damit ist aber unsere Frage, wann eine Leistung als Gegenleistung anzusehen sei, noch nicht beantwortet. Wir haben lediglich festgestellt, daß eine Leistung, um überhaupt als Gegenleistung angesehen werden zu können, nicht notwendig einen Geldwert haben muß oder gar der Leistung gleichwertig zu sein braucht. Es bedarf insbesondere noch der Abgrenzung von der Auflage, die auch eine Leistung des Empfängers darstellt, aber die Unentgeltlichkeit der Leistung unberührt läßt. [40])

Die Auflage bildet einen Gegensatz zum Entgelt. Das wird im Grunde von Hoeniger [41]) geleugnet, wenn er in ihr nur eine Abart der Entgeltlichkeit sieht und die Fälle, in denen der Empfänger an den Zuwendenden oder an einen bestimmten Dritten zu leisten hat, überhaupt als gewöhnliche Fälle der Entgeltlichkeit ansieht. Diese Ansicht kann jedenfalls für das geltende Recht nicht als zutreffend angesehen werden. Sie scheitert daran, daß das Gesetz die Schenkung unter einer Auflage als Schenkung bezeichnet und bis auf einzelne Sondervorschriften auch als Schenkung behandelt. Hätte es die Schenkung unter einer Auflage als gegenseitigen Vertrag angesehen, so hätte es den § 527 BGB.: „Unterbleibt die Vollziehung der Auflage, so kann der Schenker die Herausgabe des Geschen-

[39]) Planck Kom. zu § 516 Anm. 3.
[40]) Liebisch S. 30; Oertmann S. 257.
[41]) S. 262.

tes unter den für das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen bestimmten Voraussetzungen . . . insoweit fordern als . . ," anders formuliert. [42]) Außerdem ist noch ein Punkt zu beachten, auf den Oertmann aufmerksam macht. „Nichts wäre für den Schenker leichter, als der verschärften Gläubigeranfechtung gegenüber Liberalitäten zu entgehen. Er brauchte nur eine wenig belangvolle Auflage anzuhängen, und sie wäre damit in bester Form zum entgeltlichen Geschäft erhoben." [42])

Nach alledem ist Hoenigers Meinung abzulehnen.

Von H. Lehmann wird die Ansicht vertreten, daß die Schenkung unter einer Auflage eine gemischte Schenkung, ein negotium mixtum cum donatione, sei. [43]) Unter gemischter Schenkung wird eine Schenkung verstanden, die zugleich ein entgeltliches Geschäft enthält.. Als Beispiel diene der sog. Freundschaftskauf, der Verkauf einer Sache mit der Absicht, den Mehrbetrag zu schenken. Es ist bestritten, ob dieses Geschäft ein einheitliches Ganzes darstellt, oder in eine Teilschenkung um in einen Teilkauf zu zerlegen ist, doch interessiert diese Frage in diesem Zusammenhang nicht.

Diese Ansicht von Lehmann wird von der Literatur abgelehnt. Es wird davon ausgegangen, daß die Auflage nur eine Nebenbestimmung der Schenkung ist und die Schenkung als solche unberührt läßt. [44]) Mit der Auffassung der Schenkung als negotium mixtum cum donatione aber wird die Schenkung zum Nebenzweck. Danach verdient auch diese Auffassung keine Zustimmung. Die Entscheidung, ob eine Leistung Gegenleistung ist, oder ob sie nur eine Auflage darstellt, wird durch den Umstand erschwert, daß das Gesetz nicht sagt, was es unter einer Auflage versteht. Nach den Motiven [45]) ist eine Begriffsbestimmung unterblieben, weil der Begriff „Auflage" so eingebürgert sei, daß es einer solchen nicht bedürfe.

In der Literatur lassen sich zwei Gruppen unterscheiden, deren eine die Abgrenzung nach rein objektiven Gesichtspunkten versucht, während die andere ohne subjektive Gesichtspunkte nicht auskommen zu können glaubt.

Die erstere von Haymann [46]) und Oertmann vertretene Ansicht sieht in der Auflage nur eine Einschränkung, eine Min-

---

[42]) Oertmann S. 58.
[43]) Ennecc. Lehmann S, 444.
[44]) Liebisch S. 30 Anm. 11.
[45]) Bd. II. S. 299.
[46]) Haymann Schenknng unter einer Auflage S. 57. Oertmann Komm. Erl. 3a zu § 525.

derung, der Leistung oder ihres Wertes.[47]) Demzufolge werden nur Leistungen als Auflageleistungen anerkannt, die aus der Zuwendung selbst entnommen werden. Außerdem kommen nur noch Geldleistungen aus dem sonstigen Vermögen in Betracht, sowie bei Zuwendungen vertretbarer Sachen die Weitergabe anderer gleichwertiger Sachen. Solche Leistungen stellen nach Oertmann auch Leistungsminderungen dar.[48]) Dagegen stellen Handleistungen oder andere Leistungen, die nicht aus der Zuwendung stammen, keine Auflageleistungen dar, sondern erscheinen immer als Gegenleistungen.

Diese Auffassung läßt sich aber nicht halten. Liebisch bringt den Fall, daß ein Sammler seine Kunstschätze seiner Vaterstadt überläßt, und die Stadt sich verpflichtet, ein aus dem Mittelalter stammendes Gebäude, das eine Zierde des Stadtbildes ist, nicht an Interessenten zu verkaufen, die es abbrechen und an dieser Stelle ein Warenhaus errichten wollen. Hier ist doch nicht ein Entgelt für die Leistung des Sammlers darin zu sehen, daß die Stadt die Verpflichtung eingeht, vielmehr ist jene als Schenkung unter einer Auflage anzusehen. Zu diesem Ergebnis kommt auch Liebisch.[49]) Wollte man Oertmanns Ansicht folgen, so müßte man in dem Falle, daß jemand einer Stadt 1000 Mark zur Verfügung stellt gegen die Verpflichtung, daß die Stadt einen ihr bereits gehörenden Park dem Publikum öffnet, ein entgeltliches Geschäft annehmen, während es als Schenkung unter einer Auflage anzusehen wäre, wenn der Park selbst geschenkt würde mit der Maßgabe, ihn den Publikum zu öffnen. Unserer Meinung nach liegt in beiden Fällen eine Auflageschenkung vor. Eine Abgrenzung zwischen Entgelt und Auflage kann nicht nach rein objektiven Gesichtspunkten vorgenommen werden, sondern ob das eine oder das andere vorliegt, entscheidet der Wille der Parteien.[50]) Wenn eine Leistung unentgeltlich gemacht wird, so muß zu dieser Unentgeltlichkeit noch die Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit kommen, um die Zuwendung zur Schenkung zu machen. Wenn sich nun der Empfänger seinerseits verpflichtet, eine Leistung zu machen, so kann die Frage, ob diese seine Leistung der ersten Zuwendung ihre Unentgeltlichkeit rauben soll, oder ob sie unbeschadet des Schenkungscharak-

---

[47]) Ebenso Staudinger Erl. Id zu § 525.; Cosack I § 140 I.; RgR Komm. Erl. 1zu § 525.

[48]) Entgeltl. Gesch. S. 54.

[49]) Liebisch S. 30.

[50]) Liebisch S. 31.

ters gemacht wird, nur nach dem Parteiwillen entschieden werden. Es geht nicht an, hier lediglich nach objektiven Gesichtspunkten entscheiden zu wollen, das würde auf eine Vergewaltigung des Parteiwillens hinauslaufen. Warum soll eine Partei nicht schenken können, wenn sie tatsächlich schenken will? Wer will sagen, daß die Parteien zwar über die Unentgeltlichkeit einer Leistung einig gewesen wären, trotzdem aber infolge des Vorhandenseins einer Gegenleistung, Entgeltlichkeit vorliege? Warum die „unklare und unkontrollierbare Meinung der Parteien"[51]) gerade hier „alle sicheren Grenzen zwischen Auflage und Gegenleistung niederreißen soll", während sie doch sonst eine so große Rolle bei der Vertragsauslegung spielt, ist nicht einzusehen.

Die Richtigkeit dieser Auffassung ergibt sich auch daraus, daß das Gesetz in § 526 selbst dann noch von Auflage spricht, wenn die Auflageleistung den Wert der Zuwendung erreicht oder ihn sogar übersteigt. Eine Leistung aus der Zuwendung kann in diesem Fall hinsichtlich des die Zuwendung übersteigenden Wertes nicht vorliegen. Trotzdem nimmt das Gesetz hier nur eine Auflageschenkung an, die die Schenkung als solche bestehen läßt, und gibt dem Verpflichteten in § 526 nur eine Einrede.[52])

§ 7.

Nachdem wir festgestellt haben, wann eine Leistung als Gegenleistung und damit als selbständige Leistung im Gegensatz zur Auflage angesehen werden muß, ergibt sich nunmehr, daß diese Leistung doch in gewisser Weise unselbständig ist und als Gegenleistung in gewissen Beziehungen zu einer anderen Leistung stehen muß. Diese Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung gilt es im folgenden zu untersuchen. Wir waren oben davon ausgegangen, daß bei einem gegenseitigen Vertrage unzweifelhaft Entgeltlichkeit vorliegt. Hier wird von jeder Partei eine Leistung gemacht und jede Partei empfängt eine Leistung. Es können die Leistungen der Parteien aber auch so vorgenommen werden, daß sie nicht an die Gegenseite unmittelbar gemacht werden, sondern in eine gemeinsame Kasse oder zu einem gemeinsamen Zweck, sodaß sie der Gegenpartei erst

---

[51]) Oertmann Entgelt. Gesch. S. 61.
[52]) Liebisch S. 32.

mittelbar zugute kommen. Das ist der Fall der Gesellschaft. Zweifellos gehört auch die Gesellschaft zu den entgeltlichen Geschäften,[53]) wenn man sie nicht sogar zu den gegenseitigen Verträgen rechnen will. Hoeniger[54]) faßt Synallagma und Sozietät überhäupt als die zwei Unterbegriffe des Hauptbegriffs Entgeltlichkeit auf.

Weiter müssen als entgeltlich alle Verträge angesehen werden, wo der Leistung des einen Teils eine Verpflichtung des anderen Teils als begriffswesentlich gegenübersteht.[53]) Es sind dies bis jetzt alles Fälle, in denen beide Parteien schon bei Geschäftsabschluß eine Leistung machen oder doch eine Verpflichtung zu einer Leistung eingehen. Leistung und Gegenleistung stehen in synallagmatischer Verknüpfung. Eine Reihe von Schriftstellern sieht nun in der synallagmatischen Verknüpfung die einzige Form der Entgeltlichkeit und bezeichnet alle Leistungen als unentgeltlich, die nicht dergestalt an eine Gegenleistung gebunden sind. Nach Oertmann[55]) sind als Vertreter dieser Meinung anzusehen Unger, Wächter, Windscheid Dernburg, Gierke, Regelsberger u. a. Besonders scharf vertritt Simson diesen Standpunkt.[56]) Nach ihm ist ein Schuldververhältnis nur dann entgeltlich, „wenn sich in ihm zwei wesentliche Verpflichtungen gegenüberstehen, auf deren Erfüllung ein Anspruch begründet ist." — „Danach fällt also der Begriff des entgeltlichen Geschäfts mit dem Begriff des gegenseitigen Vertrags zusammen". Für ihn scheiden aus der Reihe der entgeltlichen Geschäfte aus und gelten als unentgeltlich, die bedingten Schuldverhältnisse. „Die den Inhalt der Bedingung bildende Leistung ist zwar Gegenstand einer Verpflichtung, aber es kann ihre Vollziehung von dem Gegner nicht verlangt werden, es besteht kein Anspruch auf sie." Ebenso sind unentgeltlich alle einseitigen Rechtsgeschäfte, „denn nur durch Vertrag können auf beiden Seiten Ansprüche begründet werden."

Diese Lehre wurde besonders für die gemeinrechtliche Wissenschaft vertreten.[57]) Sie verdient, wie Oertmann sagt, „den Vorwurf eines befremdlichen Formalismus." Es kann nicht darauf ankommen, ob die Rechtsordnung einen klagbaren Anspruch auf eine Leistung gewährt. Auch eine nicht klagbare Leistung kann Entgelt einer klagbaren sein." Entgeltlich heißt doch

---

[53]) Oertmann Entgeltl. Gesch. S. 6.
[54]) S. 198.
[55]) Entgeltl. Gesch. S. 7.
[56]) Der Begriff des Entgelts S. 49 ff.
[57]) Vgl. die Ausführungen Oertmanns in Entgelt Gesch. S. 8. ff

nach Wort und Sinn nichts anderes, als daß eine Leistung entgolten, durch eine Gegenleistung aufgewogen werden solle. Entgolten ist aber im Grunde nicht schon durch das Versprechen, sondern erst durch die Erlangung der Gegenleistung. — Jeder Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners würde eine anderweitige Behauptung mit Recht als krassen Hohn empfinden. Das Recht auf das Entgelt, der obligatorische Anspruch des Gebers, ist nichts als das zugegeben sicherste und vollkommenste Mittel, um ihm das Entgelt auch wirklich zu verschaffen. Es würde daher jeden vernünftigen Grundes entbehren, der übrigens äquivalenten Gegenleistung den Charakter eines Entgelts dann zu bestreiten, wenn man sie auf Grund eines minder sicherren Mittels erlangt hat." [58])

Wenn A dem B eine Mitgift verspricht, damit B die C heiraten kann, so ist das Mitgiftversprechen nicht als unentgeltlich und damit der Form des § 518 BGB. bedürftig anzusehen. Eine gegenteilige Ansicht würde das Rechtsempfinden weitester Kreise verletzen. [59])

§ 8.

Eine andere Ansicht wird von Schreiber vertreten. [60]) Hier wird überhaupt keine rechtliche Bindung verlangt, und schon überall da von Entgelt gehandelt, wo eine Leistung wirtschaftlich als Gegenleistung erscheint. Für Schreiber ist der Begriff Entgeltlichkeit überhaupt kein rechtlicher, sondern ein wirtschaftlicher Begriff. „Er bedeutet, daß das als Entgelt gegebene den Gegenwert für etwas Empfangenes oder künftig zu empfangendes darstellt, und zwar, wie mit Recht im allgemeinen betont wird, in der Weise, daß es nicht auf objektive Gleichwertigkeit von Leistung und Entgelt ankommt, sondern auf die subjektiven Wertbeziehungen, in die die Parteien ihre Leistungen zueinander bringen. Ob dieser Gegenwert aus Rechtszwang oder ohne einen solchen gegeben wird, ist vollkommen gleichgültig für den wirtschaftlichen Charakter. Freiwillig gegebener Gegenwert ist Entgelt genau so gut, wie der kraft Rechtspflicht geleistete." Damit stellt Schreiber einen Begriff des „freiwilligen Entgelts" auf, eines Entgelts also, das ohne Rechtspflicht gegeben wird, und das mit der Leistung

---

[58]) Oertmann Entg. Gesch. S. 16.
[59]) Oertmann Entg. Gesch. S. 18.
[60]) In Iherings Dogm., Jahrb. Bd. 60 S. 174. ff.

für die es gegeben wird in keinem rechtlichen Zusammenhang steht. Es genügt demnach, um einer Leistung den Charakter eines Entgelts zu geben, wenn sie im Hinblick auf eine andere Leistung gemacht wird. A schenkt dem B eine Uhr, und beide sind darüber einig, daß diese Leistung unentgeltlich erfolgt ist. Nach einem halben Jahre macht B, weil er sich für die Gabe des A erkenntlich zeigen will, diesem eine Tabakdose zum Geschenk und beide sind darüber einig, daß die Leistung unentgeltlich erfolgt ist. Hier stellt die Leistung des B wirtschaftlich das Entgelt dar für die Leistung des A, denn sie gleicht den Vermögensverlust, den A durch die Weggabe der Uhr erlitten hatte, wieder aus. Auch haben die Parteien die Leistung 2 wegen der Leistung 1 gemacht. Kann man nun daraus schließen, daß beide Leistungen jetzt keine Schenkungen mehr seien, weil sie ja jetzt als entgeltliche Leistungen erscheinen? Offenbar doch nicht, denn es besteht kein Grund, ihnen den Schenkungscharakter abzusprechen. Wenn man aber auf den wirtschaftlichen Zusammenhang allein abstellen wollte, so hätte man hier ein Entgelt anzunehmen. Die wirtschaftliche Auffassung des Entgeltbegriffes ist im wesentlichen schon von v. Seeler vertreten worden. [61]) Nach ihm ist entgeltlich „jede Gabe, die nach der Intention der Parteien und nach der Auffassung des Lebens als Entgelt gegeben und genommen wird.“ Er stellt es auch auf die Auffassung des Lebens und die Auffassung der Parteien ab und verzichtet damit auf die rechtliche Verknüpfung.

Hierher dürfte auch Haymann zu rechnen sein, wenn das auch von Oertmann bestritten wird.[62]) Haymann sagt: [63]) „Die Leistung ist entgeltlich oder unentgeltlich, je nachdem der Leistende mit der Leistung die Anforderung einer von Leistungsempfänger zu gewährenden Leistung, d. h. einer Gegenleistung verknüpft oder nicht verknüpft“, und: „Steht nur der Wille der Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung fest, so kommt es auf das Motiv oder die Wertung der Parteien nicht mehr an. Das Zusammenwollen von Leistung und Gegenleistung, nicht die Verknüpfung der beiden Handlungen unter dem Gesichtspunkt von Mittel und Zweck ist für das entgeltliche Geschäft, für die Causa des synallagma maßgebend.“ Er fährt dann fort: „Ob und auf welche Weise die Rechts-

[61]) Glossen S. 61; 64.
[62]) Entgeltl. Gesch. S. 7.
[63]) Ihrings Jahrb. Bd. 56. S. 94 ff.

ordnung diesen auf Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung gerichteten Parteiwillen zur Geltung bringt, ist für den Begriff der Entgeltlichkeit unerheblich." Daraus kann nur entnommen werden, daß, seiner Meinung nach, die Verknüpfung keine rechtliche zu sein braucht, um eine Leistung zum Entgelt zu machen.

Als Vertreter dieser Lehre erweist sich auch der Kommentar von Petersen-Kleinfeller.[64]) Er erklärt, „daß es bei der Feststellung der Entgeltlichkeit weder darauf ankomme, ob die Gegenleistung eingeklagt werden kann, noch darauf, ob die Gegenleistung den Bewegrund für die angefochtene Vergütung abgegeben hat, sondern ausschließlich auf die Tatsache, daß die Gegenleistung erfolgt ist."

Der Hauptvertreter dieser Lehre, Schreiber, stellt sie in Gegensatz zu der Forderung nach synallamatischer Verknüpfung. Hierdurch erklärt sich seine Aufstellung einer besonderen Kategorie des „freiwilligen Entgelts". Er erkannte, daß nicht nur die Leistung als Entgelt bezeichnet werden kann, auf die der Gegner einen klagbaren Anspruch hat, die der Leistende zu geben verpflichtet ist, sondern daß es auch Entgelt gibt, das gegeben wird, ohne das eine klagbare Verpflichtung besteht. Dies Entgelt ist insoweit „freiwillig". Wenn nun aber die Lehre daraus schließen will, daß es gar nicht auf rechtliche Verknüpfung abzustellen sei, so schießt sie über das Ziel hinaus. Was wirtschaftlich sich als Entgelt darstellen mag, ist darum noch nicht ohne weiteres rechtlich als Entgelt zu betrachten. Wir können mit Oertmann sagen: „Gewiß hat die Verwendung wirtschaftlich tatsächlicher Gesichtspunkte für die Rechtswissenschaft ihre vollste Bedeutung — hier sind „die starken Wurzeln ihrer Kraft", die man nicht abschneiden kann ohne die juristische Betrachtung zur Dürre eines unlebendigen Formalismus zu verdammen. Aber sicherlich gilt es dabei Vorsicht und abermals Vorsicht. — Die wirtschaftliche und die juristische Betrachtungsweise sind im Anfangs- und im Zielpunkt viel zu verschieden, um von der einen ohne weiteres Rückschlüsse auf die andere zuzulassen. Vor allen Dingen darf die wirtschaftliche Verwandtschaft zweier Erscheinungen nie dazu führen, sie in der Rechtstheorie miteinander zu verbinden, wenn die geltende Rechtsordnung zwischen ihnen kein oder kein genügend ausgebildetes Bindeglied aufweist."[65])

---

[64]) Komm. zur KO. § 32 Anm. 14.
[65]) Entgeltl. Gesch. S. 42.

Diese Erwägungen müssen in der Tat dazu führen, den wirtschaftlichen Entgeltbegriff aus dem Gebiete des Rechts zu verweisen. Es lassen sich nicht alle Fälle mit dem Schreiber'schen Entgeltbegriff vereinbaren wie wir oben ausführten. Es mag Fälle geben, wo es im Ergebnis kein Unterschied macht, ob rechtliche Bindung von Leistung und Gegenleistung verlangt wird oder nicht. Dazu gehören zum Teil die von Schreiber gebrachten Beispiele. Keinesfalls gehört hierher aber das von Schreiber angeführte Trinkgeld. Wenn ich ein Trinkgeld gebe, so kann ich damit eine Leistung entgelten wollen, ich kann aber auch eine freie Gabe geben wollen. Die Entscheidung ist für den Einzelfall verschieden. Wie schon Ihering zeigte, hat das Trinkgeld im Lauf der Zeiten eine Wandlung durchgemacht. Was zuerst vom Stammgast gegeben wurde um einer Gegenleistung willen, nämlich einer besonders aufmerksamen Bedienung, kleiner Vorteile, das wurde später zur allgemeinen Gabe und damit unentgeltlich gegeben. Es ist durchaus nicht unmöglich eine Gabe als Schenkung zu bezeichnen, auf die einmal ein ganzer Stand seine Existenz aufbaute, wie Schreiber meint, denn die damals dem Kellner gegebenen Trinkgelder stellten nicht oder nicht unbedingt eine Gegenleistung für die Dienste des Kellners dar. Vielmehr stand der Gast mit dem Kellner in keinem Verhältnis und die Entlohnung für die Dienste, die er leistetete, fand der Kellner in der Gelegenheit, Trinkgelder einzunehmen, die ihm der Wirt bot. Diese Trinkgelder sind dann als Geschenk anzusehen [66]) Nicht die subjektiven Wertbeziehungen, in die die Parteien ihre Leistungen zueinander bringen, entscheiden über die Frage der Entgeltlich- sondern die Rechtsbeziehungen. Danach kann der Satz Schreibers: „Jede Leistung, die als Gegenwert für Empfangenes oder zu Empfangendes bewirkt wird, ist Entgelt" nicht unterschieben werden. Wäre dieser Satz richtig, so würde man Entgeltlichkeit annehmen müssen, wenn sich zwei Herren gegenseitig eine Zigarre anbieten. Es würde demnach unmöglich sein, sich höflich gegenseitig etwas zum Geschenk zu machen, und wenn der A dem B ein Hochzeitsgeschenk macht weil B ihm seinerzeit auch ein Hochzeitsgeschenk zukommen ließ, so wären das keine Geschenke sondern entgeltliche Leistungen. Daß diese Ergebnisse mit den Anschauungen des Verkehrs in Widerspruch stehen, braucht nicht näher begründet zu werden. Wenn sich Schreiber zur Unterstützung seiner Lehre auf den allgemeinen

66) Oertmann Entgeltl. Gesch. S. 44.

Sprachgebrauch beruft, so ist dem entgegenzuhalten, daß der allgemeine Sprachgebrauch den Schreiberschen Begriff der Entgeltlichkeit nicht kennt, vielmehr auch da von Unentgeltlichkeit redet, wo Schreiber Entgelt annehmen will. Nach alledem ist Schreibers Ansicht abzulehnen.

§ 9.

Wir haben sonach der Forderung nach einer streng synallagmatischen Verknüpfung nicht zustimmen können, haben andererseits auch die Ansicht, die auf jede rechtliche Bindung verzichtet, verworfen. Danach eröffnet sich ein Mittelweg als befriedigende Lösung. Dieser stellt sich uns dar in der von Oertmann vertretenen Lehre. Oertmann nimmt auch in Fällen konditionaler und sogar nur kausaler Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung Entgeltlichkeit an, verlangt aber immer ein rechtliches Band. [67]) Es handelt sich bei der konditionalen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung um Fälle, in denen die Leistungspflicht in ihrer Entstehung von dem Bewirken einer Gegenleistung abhängig gemacht wird, oder in ihrem rechtlichen Bestande davon abhängt. Wenn A dem B sein Pferd verspricht unter der Bedingung, daß ihm B 100 Mk. übereigne, so ist darin ein entgeltlicher Vertrag zu sehen. Dieser Fall ist genau so gelagert, wie der, daß B das Pferd des A für 100 Mk. kauft. Es liegt entgeltliche Leistung in beiden Fällen vor.

Auch einseitige Versprechen können hiernach entgeltlich sein, was bei Forderung synallagmatischer Verknüpfung ausgeschlossen ist. Sie sind es überall da, wo der Versprechende seine Leistung in irgendeiner juristischen Form an eine Gegenleistung bindet. [68]) Danach ist vor allem die Auslobung als entgeltliches Geschäft anzusehen, wenn die Handlung, für die ein Lohn versprochen wird, die Bedeutung eines Aequivalents hat. [69]) Ebenso kann bei dem Versprechen aus einer Inhaberschuldverschreibung die Darbringung einer Gegenleistung zur Bedingung gemacht werden. Es können sich aber, wie Oertmann sagt, [70]) die Parteien auch „freiwillig mit einer schwächeren bloß konditionalen oder kausalen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung begnügen, statt beide in das mögliche Verhältnis zweier voneinander abhängiger klagbarer Verpflichtungen zu bringen." Diese Auffassung, daß zwar eine rechtliche Verknüp-

[67]) Oertmann Entgeltl. G. S. 16 ff.
[68]) Oertmann: Entgetl. Gesch. S. 19.
[69]) von Tuhr II. S. 141.
[70]) Oertmann: Entgeltl.-Gesch. S. 21.

fung notwendig ist, um Entgeltlichkeit annehmen zu können, daß eine solche aber schon gegeben ist, wenn eine konditionelle oder bloß kausale Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung vorliegt, kann heute als herrschende Meinung bezeichnet werden.[71]) Ihr können wir uns nach dem vorhergesagten anschließen.

§ 10.

Es ergab sich, daß eine Leistung dann als entgeltlich angesprochen werden kann, wenn ihr nach der Parteiabsicht eine Gegenleistung gegenübersteht. Es ist alsdann klargestellt, wann eine Leistung als Gegenleistung angesehen werden kann, indem die Gegenleistung von der Auflage abgegrenzt und im Anschluß daran untersucht wurde, wie zwei Leistungen miteinander verknüpft sein müssen, um im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung zu stehen. Damit sind indessen noch nicht alle Fälle der Entgeltlichkeit erfaßt. Es gibt Leistungen, die als entgeltlich angesehen werden müssen, obwohl ihnen keine Gegenleistung gegenübersteht. Man spricht wohl von der Verpflichtung eines Verlagsbuchhändlers, unentgeltlich ein Exemplar der in seinem Verlag erscheinenden Werke an die Staatsbibliothek abzuliefern, aber in Wahrheit handelt es sich auch hier um eine entgeltliche Leistung.[72]) Der Verlagsbuchhändler wird von seiner gesetzlichen Verpflichtung frei, und diese Befreiung stellt für ihn einen Gegenwert dar, der seine Leistung zu einer entgeltlichen macht. Ebenso verhält es sich mit den Steuerzahlungen und kurz mit allen Zuwendungen, die zum Zwecke der Erfüllung einer durch Gesetz begründeten Verbindlichkeit gemacht werden. Bei der Erfüllung einer durch Rechtsgeschäft begründeten Verpflichtung ist zu unterscheiden, ob die Begründung der Verpflichtung, d. h. vom Empfänger der Zuwendung aus gesehen, die Verschaffung des Anspruches eine entgeltliche oder eine unentgeltliche Leistung ist. Ist die Verschaffung des Anspruches eine entgeltliche Leistung, so ist auch die Verwirklichung des Anspruches, also die Erfüllung der Verbindlichkeit entgeltlich. Ist dagegen die Verschaffung des Anspruches als unentgeltliche Leistung anzusehen, so ist auch dessen Verwirklichung unentgeltlich. So ist z. B. die Erfüllung einer durch Kaufvertrag begründeten Verbindlichkeit eine entgeltliche Leistung, während die Erfüllung eines Schenkungsversprechens als unentgeltliche Leistung anzusehen ist.

---

[71]) Plank-Knoke § 516 Anm. 3; Komm. v. RGR § 516 Anm. 4. v. Tuhr II, 2 S. 139; Liebisch S. 28.

[72]) Burckhard S. 126.

Daraus ergibt sich: Entgeltlich sind die zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit gemachten Aufwendungen, es sei denn, daß die Begründung dieser Verbindlichkeit unentgeltlich erfolgt ist.

Weitaus die meisten der zu Erfüllungszwecken gemachten Zuwendungen werden danach als entgeltlich anzusprechen sein. „Keine dieser Zuwendungen wird durch eine Leistung des Empfängers der Zuwendung aus seiner Person oder seinem Vermögen entgolten.“ [73]) Trotzdem muß Entgeltlichkeit angenommen werden, wie von jeher anerkannt ist. Die Schuldbefreiung kann nicht als Gegenleistung des Empfängers angesehen werden, denn das Erlöschen der Schuld tritt kraft Gesetzes ein. „Aber eben dieser vom Schuldner bezweckte Erfolg ist es, der ihm zum Vorteil gereicht und seiner Zuwendung die Eigenschaft der Unentgeltlichkeit nimmt.“ [74])

Manche Schriftsteller wollen den Begriff „entgeltlich“ oder „unentgeltlich“ auf Erfüllungshandlungen überhaupt nicht anwenden. Haymann [75]) begründet diese Ansicht damit, daß die Erfüllung uns nur das „gebe, was wir im wirtschaftlichen Sinne schon unser Eigen nennen.“ „Sie habe nicht die Kraft eine „Güterverschiebung von selbständiger Bedeutung“ zuwege zu bringen, sondern sie schaffe“ nur eine Rechtsänderung.“ Ebenso kann nach Simson [76]) der Begriff „entgeltlich“ oder unentgeltlich“ seiner „nur zugänglich Rechtsgeschäfte, welche auf den. „Der Bestimmbarkeit durch die Begriffe entgeltlich und unentgeltlich“ sei „nur zugänglich Rechtsgeschäfte, welche auf Begründung eines Schuldverhältnisses gerichtet sind.“ Diese Stellungnahme erklärt sich aus der Auffassung Simsons, daß zur Entgeltlichkeit zwei wesentliche Verpflichtungen gehören, die ja bei der Erfüllungshandlung nicht vorhanden sind. Oertmann zitiert eine Aeußerung Ecksteins, [77]) wonach dieser als Entgelt nicht anerkennen will, „was als Folge einer Rechtshandlung vom Gesetz konstituiert wird.“ „Erst die Zuwendung durch den Leistenden“ mache eine Leistung zum Entgelt. Seiner Meinung nach ist die Erfüllung niemals als unentgeltliche Verfügung anzusehen, weil der Begriff der unentgeltlichen Verfügung das Moment der rechtlichen Selbstän-

---

[73]) Liebisch S. 10.
[74]) Liebisch S. 40; RGZ Bd. 105 S. 248.
[75]) Schenkung unter einer Aufl. S. 7.—8.
[76]) S. 51 ff.
[77]) Eckstein in Zeitschr. Z. Pr. 41 S. 82 ff zitt. bei Oertmann Entg. Gesch. S. 87.

digkeit in sich trage. (vom Standpunkt des Leistenden aus das Moment der Freiwilligkeit). Die Leistung könne nicht von der Leistungspflicht getrennt werden. Man müsse „diese zusammengehörigen Dinge ihrem Wesen entsprechend als Einheit auffassen." Geschuldete Leistungen seien daher niemals als unentgeltlich anzusehen, ohne Rücksicht darauf ob das zugrunde liegende Rechtsgeschäft entgeltlich oder unentgeltlich sei.

Es taucht zunächst die Frage auf, ob es überhaupt möglich ist, ein Rechtsgeschäft als dem Begriff „entgeltlich" oder „unentgeltlich" nicht unterworfen anzusehen. Ist es vielmehr nicht so, daß jedes Rechtsgeschäft entweder entgeltlich oder unentgeltlich ist und daß es ein drittes nicht gibt?

Wenn A und B einen Kaufvertrag schließen und A dem B auf Grund dieses Kaufvertrages sein Pferd übereignet, und es sich später herausstellt, daß der Kaufvertrag nichtig ist, so ist B um das Eigentum an dem Pferd grundlos bereichert. Die Zuwendung des Pferdes bleibt, und es entsteht die Frage, ist sie entgeltlich oder unentgeltlich? Die Leistung des Pferdes ist nicht mit einer Gegenleistung verknüpft. Da der Kaufvertrag nichtig ist, ist B nicht zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet. Die Uebereignung hat aber eine solche Verpflichtung nicht begründet. Durch die Nichtigkeit des Kaufvertrages bestand auch für A nicht die Verpflichtung, das Pferd zu leisten. Er konnte durch die Leistung auch nicht von einer Verpflichtung frei werden, trotzdem dies beabsichtigt war. v. Thur [78]) spricht hier von „unbeabsichtigter Unentgeltlichkeit". Kann man aber hier ohne weiteres Unentgeltlichkeit annehmen? Es wäre dann ein rein objektives Merkmal für die Feststellung der Unentgeltlichkeit gewonnen, [79]) Immer wenn die Causa einer Zuwendung fehlt oder später wegfällt, wäre Unentgeltlichkeit anzunehmen. Die causa, die die „Verkörperung des entsprechenden Parteiwillens" ist, „ergibt sich aus den Beziehungen der an der Zuwendung beteiligten Personen." Sie wird von den Parteien vereinbart oder auch einseitig festgesetzt, wie bei der Stiftung und der Auslobung. Wenn eine solche Festsetzung vom Zuwendenden noch nicht erfolgt ist, oder wenn die Parteien noch keine Vereinbarungen getroffen haben, fehlt es an der causa. Ebenso, wenn die getroffene Vereinbarung etwa wegen Dissenses nicht zustande gekommen ist, oder die Bedingung, an die die Parteien ihre Erklärungen gebunden haben, nicht ein-

[78]) II, 2 S. 141.
[79]) Liebisch S. 49.

tritt, oder die getroffene Vereinbarung später durch Anfechtung wieder wegfällt. In allen diesen Fällen Unentgeltlichkeit anzunehmen, ist m. E. nicht ohne weiteres angängig. Die Kausalvereinbarung kann der Zuwendung doch auch nachfolgen. Es ist ausgeschlossen, solange die Vereinbarung nicht erfolgt ist die Zuwendung für unentgeltlich zu halten. Es würde eine Vergewaltigung des Parteiwillens darstellen, die vielleicht auf Entgeltlichkeit gerichtete Parteibestimmung im voraus durchkreuzen zu wollen. Es muß vielmehr gesagt werden, daß eine Bestimmung ob entgeltlich oder unentgeltlich solange die Zweckbestimmung fehlt, überhaupt nicht getroffen werden kann. [80]) Damit ist die Möglichkeit indifferenter Rechtsgeschäfte erwiesen. Es ist aber damit nicht gesagt, daß die Erfüllungshandlung hierher zu rechnen ist. Wir werden vielmehr daran festhalten müssen, daß die Erfüllung entgeltlich ist, da das Entgelt in der Befreiung von der Verbindlichkeit zu sehen ist.

Wenn wir von Erfüllungshandlung reden, so bleibt ungeklärt, ob damit nur die Erfüllung klagbarer Verbindlichkeiten gemeint ist, oder ob auch die Erfüllung unklagbarer Verbindlichkeiten eine entgeltliche Leistung darstellt. Insbesondere gehört hierher die Frage nach der Entgeltlichkeit der Erfüllung einer Spiel- oder Wettschuld. Die Verbindlichkeit aus einer Spiel- oder Wettschuld ist zwar eine sog. unvollkommene Verbindlichkeit d. h. sie kann nicht im Klagewege eingetrieben werden, aber sie ist immerhin eine rechtliche Verbindlichkeit und ihre Erfüllung hat eine Schuldbefreiung zu Folge. Demgemäß stellt sie auch eine entgeltliche Leistung dar. [81]) Dasselbe gilt von der Erfüllung einer verjährten Schuld. [82])

Hinsichtlich der Erfüllung einer durch Anstand und Sitte begründeten Verbindlichkeit sagt § 534 BGB: „Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, unterliegen nicht der Rückforderung oder der Widerrufe.“ Bedeutet diese Vorschrift nun, wie v. Tuhr behauptet, „Die Leistungen aus einer Sittlichkeits- oder Anstandspflicht erfolgen nicht solvendi causa, sondern werden in § 534, wenn sie freiwillig erfolgen, als Schenkungen bezeichnet?“ [83]) Wie Liebisch [84]) richtig ausführt müßte er dann nicht so lauten, wie er jetzt lautet, sondern viel-

---

[80]) Liebisch S. 51/52.

[81]) Oertmann Entg. Gesch, S. 91/92.; Plank-Knoke § 516 Anm. 3.; Komm. v. RGR. § 516 Anm. 4.; Liebisch S. 43.

[82]) Oertmann a. a. O. S. 92; Jaeger § 32 Anm. 4.

[83]) II, 2 S. 69 Anm. 33 u. S. 194.

leicht so: „Zuwendungen durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird sind Schenkungen, unterliegen aber nicht der Rückforderung und Widerrufe.“ In seiner tatsächlichen Fassung besagt er nur, daß diese Zuwendungen, für den Fall, daß sie Schenkungen sind, der Schenkung gegenüber gewissen Sonderregeln unterworfen sein sollen. Es wird aber nichts darüber gesagt, wann sie Schenkungen sind. Das bestimmt sich lediglich nach § 516 BGB. Danach ist nötig, daß die Parteien sich über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig sind, sie also gewollt haben. Die Parteien können eine Unentgeltlichkeit auch dann gewollt haben, wenn eine Anstandspflicht vorlag, sie können aber auch Entgeltlichkeit gewollt haben. Das wird dann der Fall sein, wenn diese Verpflichtung als so stark empfunden worden ist, daß sie nicht nur den Beweggrund der Zuwendung bildet, sondern ihre Erfüllung, die Befreiung von einer Last sein soll. Es kann nicht angehen, die Befreiung von einer solchen Schuld nur deshalb nicht als Entgelt anzusehen, weil kein Rechtszwang dahintersteht.[85]) Die Entscheidung wird also nicht generell getroffen werden können, sondern von den Umständen des Einzelfalles abhängen.

Hiernach ist Entgeltlichkeit immer dann anzunehmen, wenn einer Leistung eine mit ihr irgendwie rechtlich verknüpfte Gegenleistung gegenübersteht oder wenn sie zum Zwecke der Befreiung von einer durch Gesetz oder entgeltliches Rechtsgeschäft oder durch Anstand oder Sitte begründeten Schuld gemacht wird.[86])

Bei abstrakten Zuwendungen läßt sich die Frage der Entgeltlichkeit nicht aus der abstrakten Zuwendung selbst beantworten, sondern es muß auf das zugrundeliegende Geschäft zurückgegriffen werden.[87]) Ob eine Auflassung entgeltlich oder unentgeltlich ist, läßt sich nur dann bestimmen, wenn man auf das Grundgeschäft zurückgreift. Liegt ein Kauf zugrunde, ist sie entgeltlich, liegt eine Schenkung zugrunde, so ist sie unentgeltlich. Nur in einem Falle kann aus der abstrakten Verfügung selbst entschieden werden, bei der Aequivalenzverfügung, bei

---

[84]) S. 44.

[85]) Liebisch S. 47.

[86]) Endemann S. 1029.; Fischer-Henle-Titze § 516 Anm. 5; Cosack S. 560.; Deruburg. Chrome S. 507 Plank § 516 Anm. 3.; Jaeger § 32 Anm. 4.; Mentzel § 32 Anm. 3a.; Petersen-Kleinfeller § 32 Anm. 3.

[87]) v. Thur II, 2 S. 217 ff.

der Aufrechnung.[88]) Hier wird der Ausgleich mit der Verfügung hergestellt, und somit ist die Entgeltlichkeit gegeben. Eine unentgeltliche Aufrechnung ist unmöglich, denn mit der Aufrechnung wird der Aufrechnende von seiner Verpflichtung frei. Leistung und Entgelt stehen sich damit gegenüber.

§ 11.

Auf dieser Grundlage dürfte sich die Frage des nachträglichen Entgelts entscheiden lassen.

Die Erfüllung einer Verbindlichkeit stellt sich nach unseren Untersuchungen weitaus in den meisten Fällen als eine entgeltliche Leistung dar. Auf das nachträgliche Entgelt angewandt bedeutet das, daß dieses, sofern es zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gegeben wird, entgeltliche Leistung ist und damit keine Schenkung sein kann. Die oben (S. 35) gemachte Einschränkung greift hier nicht Platz, da das nachträgliche Entgelt naturgemäß nicht zur Erfüllung eines Schenkungsversprechens gegeben werden kann. Als Erfüllung einer Verbindlichkeit kommt das nachträgliche Engelt nur innerhalb vertraglicher Schuldverhältnisse vor. Die Erfüllung einer außervertraglichen Verbindlichkeit, sei sie nun auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung oder unerlaubter Handlung entstanden oder auf Grund eines öffentlichrechtlichen Leistungsanspruchs bewirkt, kann nie ein nachträgliches Entgelt sein, scheidet also damit aus unserer Betrachtung aus. Aber auch die Erfüllung einer vertraglich entstandenen Verbindlichkeit kommt für unsere Untersuchung nicht in Betracht. Wir wollen uns nur mit dem *nachträglichen* Entgelt beschäftigen, das ohne Verbindlichkeit gegeben wird. Es sind nicht zu untersuchen die Fälle, in denen die vorhergehende Leistung, in Beziehung auf die das Entgelt gegeben wird, entgeltlich war, und sei es auch nur, daß die Entgeltlichkeit stillschweigend ausgemacht war. Das sind die Fälle, in denen jemand tätig wird oder etwas gibt in der erkennbaren Absicht, dafür eine Gegenleistung fordern zu wollen, oder wo die Entgeltlichkeit nach den Umständen oder der Verkehrssitte anzunehmen ist.

Es bleiben lediglich die Fälle, in denen das nachträgliche Entgelt als Gegenleistung für eine vorhergehende unentgeltliche Leistung gegeben wird. Wann erscheint nun das nachträg-

---

[88]) v. Thur II, 2 S. 217 Anm. 10.

liche Entgelt als Gegenleistung? Wir haben gesehen, daß eine Gegenleistung mit der Unentgeltlichkeit der vorhergehenden Leistung nicht vereinbar ist. Diese Unentgeltlichkeit muß beseitigt werden, um das nachträgliche Entgelt zur Gegenleistung zu machen.

Da ist zunächst zu sagen: Es genügen nicht moralische oder andere außerrechtliche Gesichtspunkte, die zwischen der Leistung des Schenkers und dem Entgelt von den Parteien als erheblich angesehen werden, um dem Entgelt den Charakter einer Gegenleistung zu geben.

Zur näheren Darlegung dessen, was damit gesagt werden soll, gehen wir zur Betrachtung eines praktischen Falles über:

Der Bankier A ist lebensmüde und hat den Entschluß gefaßt, sich unter einen Eisenbahnzug zu werfen und sich überfahren zu lassen. Er geht deshalb auf dem Bahnsteig einer größeren Station auf und ab, und als der Schnellzug kommt, will er sich gerade vor den einfahrenden Zug werfen, als der Arbeiter B, der den A beobachtet hat, ihn im letzten Augenblick zurückreißt. A wird gerettet, B aber wird von der Lokomotive erfaßt und ihm ein Bein abgequetscht. Er ist jetzt nicht mehr fähig, seinen Unterhalt selbst zu verdienen. A glaubt zwar, daß ihm durch die Rettung ein schlechter Dienst erwiesen sei, aus Mitleid mit dem Invaliden B setzt er diesem jedoch eine monatliche Rente von 80 Mk. aus. Hier wird die Frage, ob die Rente entgeltlich oder unentgeltlich gegeben wird, dahin zu entscheiden sein, daß Unentgeltlichkeit angenommen wird. Die Tätigkeit des B ist unentgeltlich erfolgt. Es war dafür weder ein Entgelt ausgemacht, noch den Umständen nach anzunehmen. Die Aussetzung der Rente durch A ist zwar auf die Tätigkeit des B zurückzuführen und auch dadurch veranlaßt, denn A hätte nie die Rente ausgesetzt, wenn B nicht für ihn tätig geworden wäre. Trotzdem ist sie eine unentgeltliche Leistung. A würde sie nie als Gegenleistung für seine Rettung betrachten, da ihm wenig daran lag, und B ist nicht um Geld, sondern aus Nächstenliebe tätig geworden. Die Unentgeltlichkeit der Leistung des B wird durch die Rente nicht berührt.

Ob die Aussetzung der Rente durch A als Schenkung anzusehen ist, das richtet sich nach den allgemeinen Schenkungsregeln. Danach müssen sich die Parteien über die Unentgeltlichkeit der Leistung geeinigt haben. Wenn nicht Mitleid sondern Dankbarkeit das Motiv zur Schenkung bildet, so spricht man von einer remuneratorischen Schenkung. Der Begriff der

remuneratorischen Schenkung, die von Windscheid[89]) „Schenkung zur Vergeltung“, von Dernburg[90]) „belohnende Schenkung“ genannt wird, ergibt sich schon aus der Wortbedeutung.

Die remuneratorische Schenkung ist als Schenkung anzusehen. Dieser in der heutigen Wissenschaft allgemein anerkannte Satz war früher nicht unbestritten.[91]) Wenn aber Eynern zu den Gegnern unserer Ansicht auch das OAG Oldenburg rechnen will, so kann er das zumindesten nicht auf die Entscheidung in Bd. 18 S. 61 stützen.[91]) Es heißt hier: „Wenn aber in einem Falle das Hauptmerkmal der Schenkung, die Absicht zu schenken, nicht anzunehmen ist, namentlich, wenn vielmehr ein lohnenswerter Dienst durch einen angemessenen Lohn hat vergolten werden sollen, wozu der Vergeltende sich rechtlich verbunden erachtet, einerlei, ob schon bei Empfang des Dienstes solche Vergeltung bestimmt beabsichtigt worden, oder erst später der desfällige Entschluß, bei vielleicht irrtümlicher Annahme einer Verbindlichkeit gefaßt worden ist, dann kann überhaupt von einer eigentlichen Schenkung nicht die Rede sein.“

Hier will das Gericht doch offenbar damit nur sagen, daß keine Schenkung vorliege, weil keine Einigung über die Unentgeltlichkeit erfolgt sei. Darin ist noch kein Urteil über die remuneratorische Schenkung enthalten. In der Tat liegt keine Schenkung vor, aber auch keine remuneratorische.

Das von Eynern[92]) angeführte Urteil des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 25. Febr. 1881 hat eine remuneratorische Schenkung in folgendem Falle angenommen: Eine Witwe hatte ihren Sohn, der ihr in der Wirtschaft half, eine Schenkung von 1000 Talern gemacht. Auch hier kann ein entgeltliches Geschäft vorliegen, wenn die 1000 Taler als nachträgliche Vergütung für die vorhergegangenen Dienste gegeben und angenommen wurden. Daß diese Dienste objektiv gesehen den Wert von 1000 Talern nicht hatten, hindert nicht, denn es kommt darauf an, ob die Dienste von den Parteien als so wertvoll angesehen werden.[93]) Es erübrigt sich, weiter auf diese Frage einzugehen, da das BGB. den Begriff der remuneratorischen Schenkung nicht kennt. Es behandelt sie als Schenkung. Das Motiv, das den Leistenden zur Schenkung be-

[89]) Pandekten Bd. II. S. 525;
[90]) Pand. II. S. 297 Anm. 18.;
[91]) s. Eynern S. 22 ff.
[92]) S. 26.
[93]) RGZ. Bd. 15 S. 229.

stimmt, ist auf den Rechtscharakter der Schenkung ohne Einfluß. Es kann die Leistung nicht zu einer entgeltlichen machen. Gehört nun die remuneratorische Schenkung vielleicht zu den Anstands- und Pflichtschenkungen des § 534 BGB.? Eynern glaubt nachweisen zu können, daß jede durch sittliche Pflicht gebotene Schenkung auch eine remuneratorische ist, daß das aber nicht gilt bezüglich der Anstandsschenkungen, „da ja die Triebfeder einer solchen ist, Anstoß im eigenen Kreise zu vermeiden.“ Er kommt zu dem Ergebnis, daß nicht jede remuneratorische Schenkung eine solche im Sinne des § 534 BGB. ist. Wie dem auch sei, jedenfalls muß daran festgehalten werden, daß die remuneratorische Schenkung und damit ein unentgeltliches Geschäft darstellt. [94])

§ 12.

Die Beweggründe, aus denen eine Zuwendung gemacht wird sind also für den Charakter dieser Zuwendung ohne Bedeutung. Wenn eine belohnende Schenkung, und wann ein tatsächliches Entgelt vorliegt, das kann generell nicht entschieden werden. Es wird dem Reichsgericht beigetreten werden können, das in Bd. 94 S. 322 ausführt: „Anzuerkennen ist, daß es im Einzelfall oft schwierig sein wird, zu entscheiden, ob eine nachträgliche Bewilligung eines Entgelts für geleistete Dienste vorliegt, oder eine belohnende Schenkung. Die Entscheidung wird im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet liegen. Rechtlich ist daran festzuhalten, daß die belohnende Schenkung eben auch eine Schenkung ist, und daß auch sie die Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit erfordert. Wirken also die geleisteten Dienste nur als Beweggrund, lösen sie nur ein Dankgefühl aus, dem durch eine freie Gabe genügt werden soll, und wird die Gabe in demselben Sinne angenommen, so liegt eine Schenkung vor. Haben dagegen die geleisteten Dienste auf der einen Seite das Gefühl eines wirklichen Anspruchs hervorgerufen, wird das Geleistete in der Annahme gegeben oder genommen, daß dadurch eine Schuld abgetragen, die Dienste bezahlt werden sollen, so liegt keine Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung und damit keine Schenkung vor.“

---

[94]) Staudinger Vorbem. IV, 6 zu § 516.; RGR. Komm. § 516 Anm. 3.; Rheinstein S. 85.; Crome S. 507. Anm. 36.

Das Reichsgericht stellt also fest, daß keine Schenkung vorliegt. Liegt dann Entgeltlichkeit vor?

Entgeltlichkeit liegt nicht vor, wenn nur eine Partei eine entgeltliche Zuwendung machen wollte, während die andere Partei die Zuwendung als unentgeltlich annimmt. Anderer Meinung ist offenbar Savigny [95]) wenn er sagt; wer einen empfangenen Dienst entgelten wolle könne entweder „durch eine freie Gabe seine Erkenntlichkeit an den Tag legen, — dann sei die Gabe wahre Schenkung — oder aber auch das ganze Verhältnis betrachten als stillschweigenden Vertrag über eine Dienstleistung mit unbestimmtem Lohn. Dann ist die gegenwärtige Gabe nach des Gebers Ansicht die bloße Bezahlung einer Schuld, und durch diese Absicht wird der Begriff der Schenkung mit allen Folgen derselben ausgeschlossen." Mit Recht sagt hierzu Oertmann: [96]) „Dabei bleibt unbewiesen, ja unverständlich, wie die bloße einseitige vielleicht sogar nach außen nicht hervorgetretene Absicht des Gebers imstande sein sollte, der Gabe eine ganz andere Natur aufzuprägen, als sie ohne dies haben würde, und selbst angenommen, wenn schon nicht zugegeben, daß das wegen der entgeltenden Gabe möglich sei, würde damit das Wesen der zu entgeltenden früheren Leistung nicht geändert werden."

Zugegeben werden muß, daß hier keine Schenkung vorliegt, da es an der Einigung über die Unentgeltlichkeit fehlt, die Sachlage ist vielmehr wie folgt zu beurteilen: Wenn A dem B ein Pferd übereignet, um dadurch eine vermeintliche Verpflichtung zu erfüllen, B das Pferd aber als Geschenk annimmt, da er weiß, daß eine Verpflichtung des A nicht besteht, so liegt der Verfügung des A eine gültige Kausalvereinbarung nicht zugrunde und damit ist dieselbe ohne Rechtsgrund erfolgt, und kann durch A zurückgefordert werden.

Wenn A dem B schenkweise ein Pferd übereignen will, und B nimmt das Pferd als Bezahlung einer Schuld des A an, so liegt ebenfalls keine Kausalvereinbarung und damit kein Rechtsgrund für die Zuwendung vor. A hat jedoch keinen Anspruch auf Herausgabe des Pferdes als ungerechtfertigter Bereicherung, da er gewußt hat, daß er zu der Zuwendung nicht verpflichtet war. § 814 BGB.

In beiden Fällen ist die Zuwendung des A an B weder entgeltlich noch unentgeltlich erfolgt. Die rechtsgrundlose Zu=

---

[95]) System IV S. 93 ff. zitt. Oertmann S. 36. f. 96)
[96]) Oertmann Entgeltl. Gesch. S. 36.

wendung verhält sich dem Bereicherungsbegriff gegenüber indifferent. Die einseitige Bezugnahme einer Partei auf eine vorhergehende Schenkung in der Absicht, das nachträgliche Entgelt zu einer Gegenleistung zu machen, kann dieses Ziel also nicht erreichen.

§ 13.

Kann nun das nachträgliche Entgelt durch Vertrag zur Gegenleistung gemacht werden?

A schenkt dem B ein Pferd. Nachher kommen die Parteien überein, daß B dem A für das Pferd 50 Mk. bezahlen soll. Die Parteien sind darüber einig, daß diese 50 Mk. als Entgelt für das Pferd gegeben werden. Sind damit die 50 Mk. zur Gegenleistung für die Leistung des B geworden? Es muß bei Beantwortung der Frage darauf geachtet werden, daß die in der Vergangenheit abgeschlossene Schenkung nicht ohne weiteres als Gegenleistung in Frage kommt. Es muß also erst eine Umwandlung dieser Schenkung vorgenommen werden. Ist nun eine solche Umwandlung möglich? Sind nicht in der Vergangenheit abgeschlossene Geschäfte dem Einfluß der Parteien entzogen? Das Reichsgericht sagt in Beziehung auf ursprünglich unentgeltlich geleistete Dienste:[97]) „Es mag zweifelhaft erscheinen, ob die Macht der Parteiwillkür soweit reichen könnte, um einer zunächst in unbedingter Weise als unentgeltlich übernommenen Geschäftsbesorgung hinterher, solange die beiderseitigen Beziehungen noch nicht abgeschlossen sind, die Natur einer entgeltlichen Geschäftsbesorgung zu verleihen, insofern also auch nach rückwärts das Mandat in einen Dienst oder Werkvertrag umzuwandeln.“

Diese Frage ist dann auch in der Literatur umstritten und eine solche Möglichkeit von verschiedenen Seiten auf das entschiedenste verneint worden. Schon bei der Beratung des B. G. B.[98]) wurde der Standpunkt von der Mehrheit vertreten, „durch nachträgliche Vergütung werde die rechtliche Natur des Auftragsverhältnisses nicht geändert.“ Wie eine solche Vergütung zu beurteilen sei, diese Frage wurde der Wissenschaft und der Praxis zur Entscheidung überlassen, die den richtigen Weg schon zu finden wissen würden. Wissenschaft und Praxis sind aber zu verschiedenen Ergebnissen gekommen.

---

[97]) RGZ. Bd. 72 S. 188 ff.
[98]) Mugdam II. S. 942.

So stehen der Komentar v. RGR.[99]) und Staudinger[100]) auf dem Standpunkt, daß es nicht in der Macht der Parteien liege, eine in der Vergangenheit abgeschlossene Leistung rückwirkend zu einer entgeltlichen zu machen. Ihre Auffassung wird auch von v. Tuhr[101]) geteilt, der ausführt, daß die einer entgeltlichen Leistung „zugrundeliegende causa donandi durch spätere Verabredung nicht wieder beseitigt werden" könne.

Diese Ansicht wird durch das Gesetz selbst widerlegt:

In § 305 BGB., wonach zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft, sowie zur Aenderung des Inhalts eines Rechtsverhältnisses ein Vertrag zwischen den Parteien erforderlich ist, den Inhalt eines Rechtsgeschäftes zu ändern. Es ist auch angegeben, wie das zu geschehen hat, nämlich durch Vertrag.

Ist es danach möglich einer Forderung oder Verpflichtung, die die besonderen Merkmale eines der im BGB. geregelten „einzelnen Schuldverhältnisse" trägt, die Charakteristika eines anderen „einzelnen Schuldverhältnisses" zu geben, ohne sie in ihrem Bestande zu ändern?[102]) Hier müssen wir den § 607 Abs. 2 BGB. heranziehen:

„Wer Geld oder andere vertretbare Sachen aus einem anderen Grunde schuldet, kann mit dem Gläubiger vereinbaren, daß das Geld oder die Sache als Darlehen geschuldet werden soll."

Wenn wir die in § 607 getroffene Regelung als einen Ausfluß des in § 305 BGB. enthaltenen Prinzips auffassen, und es gibt keinen Grund der dagegen spricht, so können wir die eben gestellte Frage bejahen.[103]) Wenn es möglich ist, zu vereinbaren, daß eine aus Kaufvertrag geschuldete Leistung nunmehr als Darlehen geschuldet wird, so steht nichts im Wege zu vereinbaren, daß eine aus Schenkungsversprechen geschuldete Leistung nunmehr aus Kaufvertrag geschuldet werde. Es ist also möglich eine unentgeltliche Leistung in eine entgeltgeltliche zu verwandeln. Warum sollte diese Aederung nicht auch nachträglich bei einem in der Vergangenheit abgeschlossenen Rechtsgeschäft erfolgen können? Im Gesetz selbst ist der Fall geregelt, daß die causa, die einer Rechtsveränderung zugrunde-

[99]) zu § 516 Anm. 4.
[100]) zu § 516 I, 2c.
[101]) II, 2 S. 91.
[102]) Klein S. 13.
[103]) Klein S. 41

liegt, später wegfällt. § 812 BGB. Das zu erreichen muß auch dem sonst so herrschenden Parteiwillen möglich sein. Auch der Rechtsgrund einer in der Vergangenheit abgeschlossenen Rechtsänderung kann durch die Parteien geändert werden, d. h., er kann durch einen anderen ersetzt werden.

§ 14.

Das bedeutet für die Frage nach der Rechtsnatur des nachträglichen Entgeltes folgendes:

Es ist möglich, daß die dem Entgelt voraufgegangene Schenkung von den Parteien vertragsmäßig aufgehoben wird. Der früheren Zuwendung ist damit der Rechtsgrund entzogen. Gleichzeitig können aber die Parteien durch Vertrag für die Zuwendung einen neuen Rechtsgrund schaffen. Damit erhält sie ihre Rechtsbeständigkeit alsbald wieder. War nun der Rechtsgrund ursprünglich die Unentgeltlichkeit der Zuwendung, so kann nunmehr der Rechtsgrund für die Zuwendung entgeltlich sein. Damit ist die ursprüngliche Schenkung zum entgeltlichen Geschäft geworden, dem eine Gegenleistung gegenübertreten kann. Diese Gegenleistung ist das nachträgliche Entgelt, das damit selbst entgeltlichen Chrakter erhält. Dabei muß aber immer wieder betont werden, daß die Aufhebung und Neuschaffung der causa nur vertraglich erfolgen kann. Die einmal vertraglich gesetzte causa der Schenkung kann nur vertraglich geändert werden. Diese Auffassung wird heute von der herrschenden Meinung vertreten.[104])

Damit ist die Frage nach der Rechtsnatur des nachträglichen Entgeltes beantwortet.

Es ist Entgelt, wenn es vertraglich zum Entgeld gemacht wird.

Wie wird nun die vertragliche Aenderung der alten causa vor sich gehen, und wann kann man annehmen, daß die Parteien sich in diesem Sinne geeinigt haben? Zunächst ist da

---

[104]) Liebisch S. 38; Siber Iherings Jahrb. f. Dogm. 70 S. 254; Jaeger § 32 Anm. 1.; Mentzel § 32 Anm. 3, c; Petersen-Kleinfeller § 32 Anm. 3; Oertmann Entgeltl. Gesch. S. 37 ff; Leonhard S. 117; RGZ. Bd. 72 S. 190 ff; RGZ. Bd. 94 S. 323 ff; RG. Entsch. v. 7. 5. 1909. im Recht 09 S. 1984; Seuff. Arch. 70 Nr. 212 S. 390 ff.; Warn. 11 Nr. 208 S. 25; Warn. 14 Nr. 317 S. 415.; Warn. 17 Nr 202 S. 316.; JW 27. S. 144.

zu sagen, daß zur vertraglichen Aenderung, wie zu jedem Vertrag, zwei übereinstimmende Willenserklärungen gehören. Ein Vertrag kommt zustande durch Vertragsangebot und Annahme des Angebotes.

Das Angebot eines nachträglichen Entgeltes erscheint danach als Vertragsangebot auf Aufhebung des ursprünglichen Schenkungsvertrages einerseits und Abschluß eines neuen Vertrages andererseits, enthält also zwei Vertragsangebote. Dieses doppelte Vertragsangebot wird durch Annahme des nachträglichen Entgelts angenommen. Wenn dies geschehen ist, dann ist damit die ursprüngliche Schenkung in ein entgeltliches Geschäft verwandelt. Gleichzeitig stellt diese nunmehr entgeltliche Zuwendung eine vorweggenommene Erfüllungshandlung auf den neuen entgeltlichen Vertrag dar. Dieser vorweggenommenen Erfüllungshandlung tritt als Gegenleistung, und damit als Erfüllungshandlung des anderen Vertragsteils, das nachträgliche Entgelt gegenüber.

Die Annahme dieses Umwandlungsvertrages braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden, sondern kann nach der allgemeinen Vorschrift des § 151 BGB. auch stillschweigend erfolgen.

Lebenslauf.

Am 13. Mai 1910 wurde ich als Sohn des damaligen Telegraphenleitungsaufsehers, jetzigen Postassistenten a. D. Georg Ludwig und seiner Ehefrau Marie, geb. Möller in Zimmersrode, Bez. Kassel, geboren. Ich besuchte 4 Jahre lang die Volksschule in Zimmersrode und wurde 1920 in die Sexta der höheren Knaben- und Mädchenschule in Treysa, Bez. Kassel aufgenommen. Da die Anstalt mit Untersekunda abschloß, trat ich Ostern 1926, nach bestandener Aufnahmeprüfung, in die Obersekunda der Oberrealschule II in Kassel ein. Hier legte ich Ostern 1929 die Reifeprüfung ab. Vom Sommersemester 1929 bis zum Sommersemester 1930 studierte ich Jura an meiner Heimatsuniversität Marburg. Das 4. Semester verbrachte ich in Berlin, das 5. Semester in Göttingen, um dann nach Marburg zurückzukehren. Nach einer Studienzeit von 7 Semestern bestand ich am 10. Dezember 1932 die erste juristische Prüfung beim Oberlandesgericht in Kassel. Nachdem ich zum Referendar ernannt worden bin, bin ich seit dem 1. März 1933 dem Amtsgericht in Jesberg zur Ausbilduug überwiesen.

Auch an dieser Stelle möchte ich den Lehrern und Führern meiner Universitätsstudien gegenüber meinen Dank zum Ausdruck bringen. Zu ganz besonderem Dank bin ich Herrn Geheimrat Prof. Dr. Manigk verpflichtet für die Anregungen, die er mir bei der Anfertigung der vorliegenden Arbeit zukommen ließ.